numero 1/2025

ISSN 3035-1839

costituzionalismo britannico e irlandese

Devolution club

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839

Costituzionalismo britannico e irlandese è una rivista scientifica ad accesso aperto, consultabile online a cadenza semestrale, edita dal **Devolution Club**: www.rivistacbi.it

Codice ISSN 3035-1839

DIREZIONE

Alessandro Torre (Direttore responsabile — Università di Bari Aldo Moro)
Roberto Borrello (Università di Siena)
Giuliana Giuseppina Carboni (Università di Sassari)
Eleonora Ceccherini (Università di Genova)
Francesco Clementi (Sapienza Università di Roma)
Maria Dicosola (Università di Bari Aldo Moro)
Pamela Martino (Università di Bari Aldo Moro)
Francesco Palermo (Università di Verona — Eurac Research)
Paolo Passaglia (Università di Pisa)
Giulio Enea Vigevani (Università di Milano-Bicocca)

REDAZIONE

Coordinamento
Luca Dell'Atti, Giuseppe Naglieri

Comitato di Redazione
Monica Capasso, Gennaro Cifinelli, Clara Indellicati, Michele Loforese, Marco Melpignano

INDIRIZZO E CONTATTI DELL'EDITORE

Devolution Club
Piazza Cesare Battisti n.1, 70121 Bari (BA)
c/o Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro
email: devolutionc@gmail.com

Devolution club

COMITATO SCIENTIFICO E DEI REFEREE

AMOS Merris
Queen Mary University — London

ANTHONY Gordon
Queen's University — Belfast

ANTOINE Aurélien
Université Jean-Monnet — Saint-Étienne

BRUSCHI Ugo
Università di Bologna

CARAVALE Mario
Unitelma Sapienza — Roma

CASANAS ADAM Elisenda
University of Edinburgh

CASSESE Sabino
LUISS Guido Carli — Roma

CASTELLÀ ANDREU Josep Maria
Universitat de Barcellona

CASTELLANETA Marina
Università di Bari Aldo Moro

CERVATI Angelantonio
Università di Roma Sapienza

DE VERGOTTINI Giuseppe
Università di Bologna Alma Mater

DECARO Carmela
LUISS Guido Carli — Roma

DELLEDONNE Giacomo
Scuola Superiore Sant'Anna Pisa

DOYLE Oran
Trinity College — Dublino

FASONE Cristina
LUISS Guido Carli — Roma

FERRARO Luigi
Università di Napoli — Parthenope

FRANZINI Maurizio
Università di Roma Sapienza

FROSINI Justin O.
Università di Milano Bocconi

FUSARO Carlo
Università di Firenze

GIANFRANCESCO Eduardo
Università di Modena

GRASSO Giorgio
Università dell'Insubria — Varese/Como

GROPPI Tania
Università di Siena

GROSSO Enrico
Università di Torino

GUASTAFERRO Barbara
Università di Napoli Federico II

HICKEY Tom
Dublin City University

IACOMETTI Miryam
Università di Milano

JACONELLI Joseph
University of Manchester

KAVANAGH Aileen
Trinity College — Dublino

KAVANAGH Dennis
University of Liverpool

KEATING Michael
University of Aberdeen

LANCHESTER Fulco
Università di Roma Sapienza

LEYLAND Peter
SOAS - Londra

LORELLO Laura
Università di Palermo

LUPO Nicola
LUISS Guido Carli - Roma

MANETTI Michela
Università di Siena

MARTINELLI Claudio
Università di Milano Bicocca

MARTINICO Giuseppe
Scuola Superiore Sant'Anna — Pisa

MEZZETTI Luca
Università di Bologna Alma Mater

MONTANARI Laura
Università di Udine

MUSCATELLI Sir Anton
University of Glasgow

NORTON of LOUTH Lord
University of Hull

O'CINNEIDE Colm
University College London

OROFINO Marco
Università di Milano

PALICI DI SUNI Elisabetta
Università di Torino

PAROLARI Sara
EURAC — Bolzano

PASSAGLIA Paolo
Università di Pisa

PFERSMANN Otto
École des Hautes Études en Sciences Sociales — Parigi

PIERGIGLI Valeria
Università di Siena

POGGESCHI Giovanni
Università del Salento

REGASTO Saverio
Università di Brescia

RINELLA Angelo
LUMSA — Roma

RIZZONI Giovanni
LUISS Guido Carli - Roma

ROSSI Davide
Univ. Trieste

RUGGERI Antonio
Università di Messina

SALERNO Giulio Maria
ISSIRFA-CNR

SCAFFARDI Lucia
Università di Parma

SCHEFOLD Dian
Universität Bremen

SCOTT Andrew
University of Edinburgh

SERIO Mario
Università di Palermo

SMORGUNOV Leonid
Russian Academy of Sciences

SPERTI Angioletta
Università di Pisa

TARCHI Rolando
Università di Pisa

TIERNEY Stephen
University of Edinburgh

TONIATTI Roberto
Università di Trento

TROILO Silvio
Università di Bergamo

VEDASCHI Arianna
Università di Milano Bocconi

VIOLINI Lorenza
Università Statale di Milano

VOLPE Luigi
Università di Bari Aldo Moro

WICKS Elizabeth
University of Leicester

I contributi editi dalla rivista sono soggetti alla **licenza Creative Commons BY-NC-ND**, che consente la distribuzione libera dell'opera per soli scopi non commerciali, purché si mantenga la citazione dell'autore e che vieta qualsiasi adattamento e modifica del lavoro senza l'autorizzazione dell'autore.

costituzionalismo britannico e irlandese

Indice

numero 1/2025 · volume 3
ISSN 3035-1839

Foreword

Giulia Caravale — 8
Il Constitution Committee della Camera dei Lords come constitutional guardian

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

Aurélien Antoine — 25
Supreme Court's case law on the Scottish Independence Referendum: substance and consequence

Elisenda Casanas Adam — 46
A voluntary union? The aftermath of the 2014 vote and the establishement of a clear pathway for second Scottish Indipendence Referendum

Christopher McCorkindale — 66
What lies between: the Scottish Independence Referendum 2023

Rita Carbonara — 90
Autonomy and sovereignty in tension: Scottish constitutionalism and the challenges of independence a decade on from the referendum

Parlamento e Governo

Laura Frosina — 109
Cambiamenti e prospettive del referendum nel contesto costituzionale post Brexit

Giurisdizione costituzionale

Edoardo Viligiardi — 128
Mediazione obbligatoria ed access to justice nel diritto inglese: il dibattito attuale

Andrea Bonomi — 153
Il ruolo dell'obiter dictum nel precedente giudiziario: analogie fra l'esperienza inglese e quella italiana

Devoluzione e governo locale

Francisco Javier Romero Caro — 173
Fiscal devolution and the Barnett formula

Sara Pisanò 187
Devolution e diritti linguistici: l'impatto sulla lingua gallese

Libertà e diritti fondamentali

Matteo Frau 207
La specialità della "Costituzione di Belfast"

Rapporti con l'Unione Europea

Matteo Vecchi 229
Intelligenza artificiale: regolare o non regolare? Un'analisi comparata tra l'approccio europeo e quello britannico

Teoria e storia costituzionale

Lorenzo Pacinotti 246
Legislativo ed esecutivo nel Novecento inglese Appunti sulle Reflections on the Constitution di Harold J. Laski

Modello Westminster nel mondo

Laura De Gregorio 263
The canon law e canadian law: la Conferenza dei vescovi cattolici del Canada

Osservatorio irlandese

Marco Corrias 282
I rapporti tra tra l'Uachtarán na Héireann e il Taisoeach Una riflessione sulla forma di governo irlandese

Emanuele Gabriele 295
Le University Constituencies L'unicum irlandese in prospettiva storica e comparata

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Michele Loforese 339
Recensione a R. Walsh Property Rights and Social Justice. Progressive Property in Action, Cambridge University Press, 2021

Marco Melpignano 348
Recensione a R. Gordon KC, Repairing british politics. A blueprint for constitutional change, II edition, Hart Publishing, Oxford, 2025

Alessandro Sorpresa 356
The role and traditions of the State Reflections on Kenneth H.F. Dyson, The State tradition in western union, Oxoford University Press, 1980

Angioletta Sperti 363
Recensione a L. Moran, Law, Judges and Visual Culture, London-New York, Routledge, 2021

Alessandro De Nicola 368
Recensione a Marie-France Fortin, The King can do no wrong. Constitutional fundamentals, Common Law, History, and Crown liability, Oxford University Press, 2024

Mario Serio 373
Recensione a Giovanni Criscuoli, Introduzione allo studio del diritto inglese Le Fonti, Giuffrè, Milano, 2021

Simone Gianello 379
Dalla membership alla partnership: le complesse vicende di un constitutional moment Recensione a C. Martinelli, Brexit and the British Constitution, Routledge-Giappichelli Studies in Law, London-New York-Torino, 2025

Addendum

Yann Prisner-Levyne 392
Should there be a legal duty to rewild to remedy ecocides of the past? The case fo the lost bears, wolves and lynxes of the United Kingdom

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-07A

costituzionalismo britannico e irlandese

Foreword

Il Constitution Committee della Camera dei Lords come constitutional guardian

Giulia Caravale
Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Sapienza Università di Roma

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Il Constitution Committee della Camera dei Lords come constitutional guardian

di Giulia Caravale*

Abstract (Ita): Il lavoro esamina il ruolo che il Constitution Committee della Camera dei Lords ha assunto negli anni come uno dei custodi dei valori della costituzione britannica contribuendo anche a definire con chiarezza il nucleo essenziale della Costituzione e ad arricchire il dibattito dottrinario in materia.

Abstract (Eng): This study examines the role assumed over time by the Constitution Committee of the House of Lords as one of the guardian of the values underpinning the British constitution, highlighting its contribution not only to the clarification of the constitution's core principles, but also to the enrichment of the scholarly debate on the subject.

Parole chiave: Costituzione; Comitato Costituzionale della Camera dei Lords; forma di governo parlamentare

Keywords: Constitution; House of Lords Constitution Committee; parliamentary system of government

Sommario: 1. Introduzione. Le riforme della Camera dei Lords; 2. La proposta della Royal Commission on the Reform of the House of Lords.; 3. La definizione dei compiti del Comitato nel suo primo rapporto; 4. Il lavoro del Comitato; 5. Alcuni temi affrontati dal Comitato; 6. Un Code of legislative standards?

1. Introduzione. Le riforme della Camera dei Lords

Molti studi si sono soffermati sulle peculiarità della Costituzione non scritta del Regno Unito e ne hanno messo in luce la complessa natura, i punti di forza e le potenziali fragilità. Da un canto, infatti, la sua flessibilità le consente di evolvere nel tempo e di adattarsi pragmaticamente ai mutamenti della realtà politico istituzionale; dall'altro, proprio l'assenza di rigidità e di un testo codificato espone l'ordinamento al rischio che la stabilità costituzionale venga compromessa qualora le «regole del gioco» non scritte non siano rispettate dagli organi costituzionali[1]. Tale caratteristica, combinata al principio della sovranità parlamentare, pure discostatosi negli anni dagli stilemi più tradizionali, ha impedito l'istituzione di un organo formale di controllo di costituzionalità[2]. Ha invece favorito la presenza di una serie di attori che possono essere considerati "custodi" della Costituzione e dei suoi principi fondamentali, attori che, in maniera sinergica, contribuiscono alla tutela e alla salvaguardia dei valori e dell'assetto costituzionale, quasi a voler tessere coralmente una rete di protezione che consente alla Costituzione di evolvere in linea con la tradizione.

Tra questi custodi assumono un ruolo di primo piano sia le corti, ed in particolare la Corte suprema, la quale ha progressivamente ampliato la propria influenza «sull'intero habitat costituzionale»[3], sia il governo, coadiuvat-

* Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Sapienza Università di Roma

[1] È quanto affermato nel rapporto House of Lords Select Committee on the Constitution, *Executive Oversight and Responsibility for the UK Constitution*, 2025.

[2] A. Le Sueur, J. Simson Caird, *The House of Lords Select Committee on the Constitution*, in A. Horne, G. Drewry, D. Oliver (eds), *Parliament and the Law*. *Hart Studies in Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 281-308.

[3] A. Torre, *Passato e presente della Corte suprema del Regno Unito: un presidio costituzionale oltre la Brexit*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2024, pp. 953-983.

o da strutture come il *Cabinet Office* e il *Cabinet Secretary*, sia il parlamento, anche attraverso le sue commissioni, sia, infine, alcuni organismi specializzati, i *constitutional watchdogs*, molti dei quali istituiti negli ultimi decenni[4].

In merito al ruolo svolto dal parlamento come garante del rispetto dei principi costituzionali, è opportuno sottolineare come il bicameralismo imperfetto permette alle due Camere di esercitare funzioni tra loro differenti, ma complementari. Se la Camera dei Comuni, dominata dal partito di maggioranza, può essere considerata l'attore principale dell'avvio delle riforme costituzionali, la Camera dei Lords, in virtù della propria peculiare composizione, ma anche della tradizione secolare come organo giurisdizionale, si configura come una preziosa Camera di riflessione, laddove garantisce il rispetto e l'equilibrio del sistema costituzionale e la difesa dei suoi principi. Il ruolo di *«constitutional guardianship»* è esercitato dall'intera Camera alta, ed in modo particolare da alcuni Lords dotati di elevata competenza in materia costituzionale, nonché da specifici comitati, tra i quali merita una particolare menzione l'*House of Lords Select Committee on the Constitution*[5], la cui attività sarà oggetto del presente studio.

Prima di illustrare e comprendere il modo in cui questo Comitato si è affermato come uno dei custodi dei valori e dei principi della Costituzione britannica, appaiono necessarie alcune premesse poiché la *ratio* della sua istituzione è strettamente collegata sia alle riforme costituzionali avviate dal governo Blair, sia a quelle della Camera dei Lords. In proposito, la recente proposta di riforma della Camera alta introdotta dal Governo Starmer attraverso l'*House of Lords (Hereditary Peers) bill* 2025[6], – destinato ad eliminare i 92 pari ereditari sopravvissuti alla legge del 1999 – è l'ultima e senza dubbio non definitiva tappa di un lungo processo durato oltre un secolo che ha avuto ad oggetto la modifica della Camera alta nel Regno Unito[7]. Anche se nel preambolo del *Parliament Act* del 1911, il legislatore aveva espresso l'intenzione di sostituire la Camera dei Lords con un'assemblea elettiva, solo i *Parliament Acts* del 1911 e del 1949 hanno limitato il potere legislativo dei Lords e sancito formalmente la supremazia dei Comuni. Gli altri cambiamenti introdotti nel corso del tempo hanno riguardato invece la mera

[4] Tra questi il *Comptroller and Auditor General*, il *Parliamentary and Health Service Ombudsman*, il *Parliamentary Commissioner for Standards*, il *Commissioner for Public Appointments*, il *Civil Service Commissioners*, l'*House of Lords Appointments Commission*, la *Judicial Appointments Commission*.

[5] L. Atkinson, *"Talking to the Guardians". The constitutional role of the House of Lords*, London, The Constitution Society, 2016; D. Oliver, *Constitutional Guardians: The House of Lords*, London, The Constitution Society, 2015, p. 29; P. S. Grez Hidalgo, *Legislative scrutiny on constitutional grounds in the United Kingdom Parliament. The Contribution of Constitutional Committees to (Political?) Responsibility for the Constitution*, The University of Edinburgh, 2019. Il lavoro del Comitato è stato affiancato anche da quello svolto dagli altri Comitati presenti nella Camera dei Lords, nella Camera dei Comuni o bicamerali, come il *Joint Committee on Human Rights*.

[6] M. Russell, *The House of Lords (Hereditary Peers) Bill: the Story so far*, in *Constitution Unit blog*, April 7, 2025.

[7] La riforma porta a compimento quanto inizialmente previsto nel progetto del 1999. La legge andrà a modificare, anche se in modo non significativo, gli equilibri interni tra i partiti e porterà a ridurre il numero eccessivamente elevato, e da tempo oggetto di critiche, dei membri della Camera dei Lords. Essa non ha riguardato, invece, l'altra categoria di Lords che deriva dalla composizione tradizionale della Camera alta, quella dei Lords spirituali. In proposito si ricorda che, sempre quest'anno, il Parlamento ha approvato il *Lords Spiritual (Women) Act 2025* il quale ha previsto di aumentare il numero delle donne vescovo all'interno dell'assemblea.

composizione della Camera alta[8]. Molte delle riforme approvate nel XX secolo relative alla seconda Camera, però, hanno prodotto effetti che sono andati al di là degli obiettivi prefissati. È innegabile, infatti, che la presenza dei *Life Peers*, a partire dal 1958, abbia permesso all'assemblea di accogliere al suo interno persone dotate di lunga esperienza politica o di approfondite conoscenze in diversi settori, contribuendo in modo decisivo alla definizione di una *«more active House»*[9]. La legge del 1999, poi, riducendo in modo considerevole il numero degli *hereditarypeers*, selezionati tra quelli più attivi e impegnati[10], ha aiutato a rafforzarne la legittimazione e ha anche ridefinito l'equilibrio tra i partiti presenti in aula, poiché da allora nessun gruppo detiene la maggioranza assoluta. La nomina a vita ha reso i Pari naturalmente più liberi dai vincoli di partito e maggiormente inclini – ed è proprio questo uno degli elementi centrali per il nostro studio – a svolgere il ruolo di *revising chamber*[11] e di sede di mediazione con l'esecutivo[12]. La presenza di Lords di particolare esperienza e nominati a vita, dunque meno esposti alle pressioni del potere politico, ha reso i dibattiti – e le successive votazioni – tendenzialmente meno faziosi e ideologici, mentre le osservazioni mosse sui *bills* e gli emendamenti presentati sono stati dettati soprattutto da considerazioni relative alla fattibilità e al rispetto dei principi costituzionali del provvedimento. È così che negli anni, la Camera dei Lords ha acquis-

[8] P.A. Bromhead, *The House of Lords and Contemporary Politics 1911–1957*, London, Routledge, 1958; D. Shell, *The House of Lords*, Harvester Wheatsheaf, 1992; A. Reidy, M. Russell, *Second Chambers as Constitutional Guardians & Protectors of Human Rights,* 1999; G. Phillipson, *"The Greatest Quango of Them All", "a Rival Chamber" or "Hybrid Nonsense"? Solving the Second Chamber Paradox*, in *Public law*, n. 7, 2004, 352-361; P. Dorey, *1949, 1969, 1999: The Labour Party and House of Lords Reform*, in *Parliamentary Affairs*, n. 4, 2006, pp. 599-620; A. Renwick, *House of Lords Reform. A Briefing Paper*, Political Studies Association, 2011; P. Dorey, A. Kelso, *House of Lords Reform Since 1911. Must the Lords Go?*, New York, Palgrave Macmillan, 2011; M. Ryan, *A Summary of the Developments in the Reform of the House of Lords since 2005*, in *Nottingham Law Journal*, n. 21, 2012, pp. 65; M. Russell, *The Contemporary House of Lords Westminster. Bicameralism Revived*, Oxford, Oxford University Press, 2013; P. Leyland, *The Second Chamber Debate in the Uk Revisited: Life, Afterlife And Rebirth?*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017, pp. 1-19. Nel 1958, il *Life Peerages Act*, proposto dal governo conservatore MacMillan, aveva introdotto la categoria dei Lords vitalizi, nominati dalla Corona, *on advise of Prime Minister* consentendo così anche alle donne l'ingresso nella Camera alta. Nel 1963, il *Peerages Act* aveva stabilito che i Pari ereditari potevano rinunciare alla loro carica a favore del familiare che occupava il secondo grado in ordine di successione, senza distinzione di genere. Nel 1999, l'*House of Lords Act* aveva ridotto da 759 a 92 i Pari ereditari la cui carica era al contempo divenuta intrasmissibile. I Lords ereditari sono stati quindi selezionati tramite un'elezione interna, ripetuta ogni volta che un seggio è divenuto vacante. Successivamente, con il *Constitutional Reform Act* del 2005, il Comitato giudiziario della Camera alta è stato sostituito dalla Corte suprema, determinando l'eliminazione dei 12 *Law Lords* dalla composizione dell'Assemblea. Ancora, nel 2014, l'*House of Lords Reform Act* ha previsto, per la prima volta, la possibilità dei Pari di presentare volontariamente le proprie irrevocabili dimissioni e anche – in alcuni casi – la cessazione dalla carica di Lord. Nel 2015, infine, l'*House of Lords (Expulsion and Suspension) Act* ha introdotto la possibilità di sospendere temporaneamente o espellere definitivamente un componente della Camera alta.

[9] P. Norton, *Reform of the House of Lords,* Manchester, Manchester University Press, 2017, p. 24.

[10] G. Levy, *Reforming the Upper House: Lessons from Britain*, in *Constitutional Forum constitutionnel*, vol. 23, n. 1, 2014, pp. 29-40; B. Drexhage, *Bicameral Legislatures. An International Comparison*, The Hague, 2015, p. 41; M. Russell, *The Contemporary House of Lords: Westminster Bicameralism Revived*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

[11] M. Russell, M. Sciara, *Independent Parliamentarians en Masse: The Changing Nature and Role of the "Crossbenchers" in the House of Lords*, in *Parliamentary Affairs,* vol. 62, n. 1, 2009, pp. 32-52; M. Russell, *A Stronger Second Chamber? Assessing the Impact of House of Lords Reform in 1999 and the Lessons for Bicameralism*, in *Political Studies*, vol. 58, n. 5, 2010, 866-885; M. Russell, *op. cit.*, p. 168.

[12] H. Bochel, A. Defty, *"A More Representative Chamber": Representation and the House of Lords*, in *The Journal of Legislative Studies*, vol. 18, n. 1, 2012, pp. 82-97; P. Norton, *Reform of the House of Lords*, Manchester, Manchester University Press, 2017, p. 15; J. Frosini, *Nuova Gran Bretagna, Nuova Camera dei Lords?*, in *Dpce online*, n. 3, 2024, pp. 1971-1984.

ito il ruolo, complementare rispetto a quello svolto dai Comuni, di «guardiano della Costituzione»[13]. Un ruolo che assume peculiare significato – come dicevamo – anche in considerazione della secolare tradizione inglese nella quale la Camera alta ha avuto la funzione di suprema istanza giudiziaria, funzione mantenuta fino al *Constitutional Reform Act 2005*.

Nel rapporto pubblicato dalla *Commission on the UK's Future* presieduta da Gordon Brown nel 2022, era stato previsto di assegnare alla futura assemblea riformata quattro funzioni: quella di «*1. Constructive scrutiny of legislation and government policy, as the House of Lords at its best does today. 2. Bringing together the voices of the different nations and regions of the UK at the centre of government. 3. Monitoring adherence to standards in public life. 4. Most significant of all, exercising new but precisely drawn powers to safeguard the constitution of the United Kingdom and the distribution of power within it*»[14]. La Commissione Brown aveva quindi suggerito che il ruolo di «custode della Costituzione» e di controllo della ripartizione del potere tra centro e periferia avrebbe dovuto caratterizzare la nuova assemblea anche in futuro. La Commissione aveva aggiunto, poi, che la Camera dei Lords svolgeva già tale compito in modo più efficace rispetto ai Comuni, *«leading to changes of approach or amendments, sometimes against the will of the government»*[15]. Essa aveva peraltro proposto di introdurre un *«mechanism to ensure that the constitutional rules of the UK are always followed in future»*, ad esempio attraverso l'attribuzione alla seconda Camera riformata dell'obbligo di sottoporre alla Corte suprema, per ottenere un parere consultivo, tutti i *bills* in materia costituzionale e di conferire all'assemblea un potere di veto sui *«protected constitutional statutes»*, veto però superabile dai Comuni.

Per adesso questa ipotesi, al di là della sua concreta fattibilità, non ha trovato spazio nel *manifesto* elettorale del 2024 del partito laburista, il cui programma di lungo periodo prevede di arrivare alla sostituzione della Camera dei Lords con una Assemblea delle Nazioni e delle Regioni in modo progressivo, nel corso di due legislature. È comunque di sicuro interesse il fatto che la Commissione Brown abbia riconosciuto alla Camera il ruolo di *«constitutional guardian»* che i Lords hanno assunto di fatto negli anni. Un ruolo, tuttavia, che appare così correlato alla peculiare attuale composizione da rendere difficile immaginare possa essere svolto, con la medesima incisività, da una futura assemblea di natura radicalmente diversa.

2. La proposta della *Royal Commission on the Reform of the House of Lords*.

La nascita del *Constitution Committee* – come anticipato – è strettamente collegata al processo di riforme costituzionali avviato dal governo Blair a partire dal 1997, processo che, nelle parole dello stesso Premier, era destin-

[13] D. Oliver, *The Parliament Acts, the Constitution, the Rule of Law, and the Second Chamber*, in *Statute Law Review*, vol. 33, n. 1, 2012, pp. 1-6.
[14] Commission on the UK's Future, *A New Britain: Renewing our Democracy and Rebuilding our Economy. Report of the Commission on the UK's Future*, 2022, p. 139; J. Frosini, *op. cit.*, p. 1981; M. Russell, *The Brown commission's proposals on reform of the House of Lords*, in *Constitution Unit blog*, March 1, 2023.
[15] Commission on the UK's Future, *op. cit.*, 136.

ato ad introdurre *«the biggest program of change to democratic ever proposed»*[16]. In occasione della presentazione dell'*House of Lords bill*, alla fine del 1998, l'esecutivo aveva deciso di istituire la *Royal Commission on the Reform of the House of Lords,* presieduta da Lord Wakeham, a cui aveva attribuito il compito di individuare le ulteriori tappe della modifica della Camera alta. In particolare, la *Wakeham Commission* avrebbe dovuto *«to consider and make recommendations on the role and functions of a second chamber; to make recommendations on the method or combination of methods of composition required to constitute a second chamber fit for that role and those functions»*. Secondo il governo, le proposte di modifica della seconda Camera avrebbero dovuto tenere in considerazione il particolare *«constitutional moment»* che il Paese stava vivendo, grazie al pacchetto di riforme, molto variegato e rivoluzionario, dei laburisti – che andavano dalla *devolution* allo *Human Rights Act* – prestando particolare attenzione alle peculiarità, ma anche alle fragilità, della Costituzione britannica. Era, infatti, opportuno – secondo l'esecutivo – garantire che la Costituzione superasse indenne lo *«stress test»* a cui era sottoposta. Si trattava di un compito indubbiamente ambizioso, che la Commissione non riuscì a portare pienamente a termine, sia a causa del tempo relativamente limitato a disposizione, sia perché le riforme costituzionali erano ancora troppo recenti per poterne valutare e apprezzare appieno l'impatto e la portata.

La *Royal Commission on the Reform of the House of Lords*, nel rapporto *A House for the Future*[17], mostrò comunque consapevolezza delle peculiarità sia del momento storico, sia del contesto costituzionale. Così, nella *Recommendation 15* del rapporto, affermò che, per la complessa e peculiare *«open nature»* della Costituzione britannica, una delle funzioni della seconda Camera riformata avrebbe dovuto essere quella di agire come *«"constitutional long-stop", ensuring that changes are not made to the constitution without full and open debate and an awareness of the consequences»*. Non si trattava certo di un'idea originale, dato che essa era stata formulata già dalla *Bryce Commission* nel 1918, ma – in un momento storico di grandi riforme costituzionali da monitorare – finiva per assumere un significato innovativo.

Bisogna evidenziare che nel corso delle audizioni svolte di fronte alla *Wakeham Commission* era stato solo il partito liberal democratico a suggerire di trasformare la seconda Camera nel sostanziale *«guardian of the Constitution»*, conferendole un potere di veto sui disegni di legge che avessero apportato modifiche rilevanti alla Costituzione. Più cauta era stata, invece, la posizione degli altri partiti, confluita nella raccomandazione contenuta nel rapporto. Infatti, per rispettare la preminenza dei Comuni e gli equilibri in-

[16] Sul punto, P. Loftus, *British Constitutionalism Redux, Redefining Tradition and Shaping new Paradigms*, in *Griffith Law Review*, vol. 12, n. 1, 2003, pp. 1-42. Sulle riforme passate e future della Costituzione Britannica deve essere ricordato il recente rapporto L. James, P. Thomas, A. Renwick, M. Russell, *The Constitutional Landscape: Options for Reform*, Constitution Unit, University College London, 2025.

[17] Royal Commission on the Reform of the House of Lords, *A House for the Future*, Cm 4534; M. Russell, R. Cornes, *The Royal Commission on Reform of the House of Lords: A House for the Future?*, in *The Modern Law Review*, 2001, vol. 64, n. 1, pp. 82-99; A. Le Sueur, J. Simson Caird, *op. cit.*; L. Atkinson, *op. cit.*; J. Simson Caird, *Parliamentary Constitutional Review: Ten Years of the House of Lords Select Committee on the Constitution*, in *Public Law*, 2012, pp. 4-11.

uno attribuire alla Camera alta strumenti formali che le avrebbero consentito di esercitare un nuovo e considerevole potere in materia costituzionale opponendosi alla volontà dei Comuni, ma aveva ritenuto più consono per gli equilibri del bicameralismo – e al contempo altrettanto efficace per la protezione della Costituzione – dar vita ad un *«Constitutional Committee»*. *«We propose that the second chamber should establish an authoritative Constitutional Committee to act as a focus for its interest in and concern for constitutional matters»*. L'obiettivo era allora quello di creare un Comitato che fosse specializzato negli affari costituzionali e che esaminasse l'impatto costituzionale dei disegni di legge[18], un obiettivo da perseguire nel rispetto degli equilibri del bicameralismo, preservando la preminenza della Camera dei Comuni.

La commissione appariva consapevole anche della complessità di tale progetto, in considerazione del peculiare contesto costituzionale britannico, dove l'assenza di una Costituzione scritta rende complesso definire in modo esaustivo cosa rientra nella «materia costituzionale»[19] e, di conseguenza, rende difficile organizzare forme di controllo su di essa. Si tratta di un problema messo in luce più volte dalla dottrina: neanche le corti possono contribuire a tale definizione, dovendo agire nel rispetto del principio della sovranità del parlamento[20]. La *Wakeham Commission* affermò che: *«An authoritative Constitutional Committee could be expected to enhance the ability of Parliament as a whole to take full account of all the constitutional implications when considering proposed legislation and scrutinising the actions of the executive. Since its terms of reference would not be set out in legislation, there would be no need for a precise definition of "the constitution". Certain key items of legislation, however, might be designated as being of particular relevance. A Committee of the second chamber could be expected to have members with a keen awareness of the web of understandings and conventions that underpins the effective workings of the constitution. It would be sensitive to the constitutional implications of proposed legislation. It would also be in a strong position to identify and draw Parliament's attention to developments or legislative proposals with significant constitutional implications. These might otherwise be missed or raised at a late stage when lack of time might hinder proper consideration»*. Essa auspicò, allora, che il Comitato potesse *«keep the operation of the constitution under review»*.

[18] M. Russell, R. Cornes *op. cit.*, 82; R. Masterman, R. Hazell, M. Sandford, B. Seyd, J. Croft, *The Constitution: Coming in from the Cold*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 55, n. 2, 2002, pp. 219-234; R. Hazell, *The Continuing Dynamism of Constitutional Reform*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 60, n. 1, 2007, pp. 3-25; J. Simson Caird, *Identifying the Value of Parliamentary Constitutional Interpretation*, Queen Mary, University of London, 2014.

[19] R. Blackburn, *Enacting a Written Constitution for the United Kingdom*, in *Statute Law Review*, vol. 36, n. 1, 2015, pp. 1-27.

[20] I. Jennings, *The law and the Constitution*, London, University of London Press, 1959, p. 37. Ivor Jennings, ha affermato che *«a writer on the British constitution selects what seems to him to be important»*; A. Blick, R. Blackburn, *Mapping the Path to Codifying – or not Codifying – the UK's Constitution: The Existing Constitution*, Centre for Political & Constitutional Studies King's College London, 2011; J. Seaton, B. K. Winetrobe, *The Passage of Constitutional Bills in Parliament*, in *The Journal of Legislative Studies*, vol. 4, n. 2, 1998, pp. 33-52. Come noto di recente alcune proposte hanno previsto di attribuire ad una commissione parlamentare il compito di predisporre l'elenco delle leggi costituzionali britanniche e di prevedere che la loro abrogazione possa avvenire solo in modo esplicito, come affermato anche nella giurisprudenza in merito ai *constitutional statutes*, oppure attraverso una procedura rinforzata. Sul punto M. Dicosola, *La scrittura della (e nella) costituzione britannica. Riflessioni a margine del report della Commission on the UK's Future*, in *Dpce online*, n. 3, 2024, pp. 1879-1896.

Così, nel febbraio 2001 venne istituito il *Constitution Committee*. Esso è composto da dodici Lords di particolare esperienza politica e giuridica, scelti in modo da rispecchiare la composizione della Camera; ogni membro può rimanere in carica per non più di quattro sessioni parlamentari, per favorire una rotazione. Esso ha funzioni prevalentemente consultive e mantiene costanti contatti ed interlocuzioni con il governo[21].

3. La definizione dei compiti del Comitato nel suo primo rapporto

La nascita del *Constitution Committee* si deve quindi al rinnovamento della Camera dei Lords, e della Costituzione britannica, avviato dai laburisti a partire dal 1997. Dopo quasi 25 anni di attività si può affermare che il Comitato abbia svolto un ruolo fondamentale nell'accompagnare l'articolata evoluzione politico costituzionale del Paese lungo binari ben definiti, grazie alla capacità di delineare e chiarire i confini entro cui deve svilupparsi il processo di riforma[22].

Merita ricordare che nel primo rapporto pubblicato dal Comitato, dal titolo *Reviewing the Constitution*[23] del 2001, esso si era interrogato sulle proprie competenze, anche alla luce del panorama comparato e delle esperienze delle altre seconde Camere. Una riflessione che aveva fornito l'occasione per riflettere sul contenuto della Costituzione britannica e dei suoi principi fondamentali. Come dicevamo, infatti, in assenza di una Costituzione scritta l'individuazione della «materia costituzionale» non può essere considerata una procedura semplice o scontata. Si tratta, tuttavia, di un processo che il *Committee* reputava necessario ed indispensabile per circoscrivere l'ampiezza del proprio raggio di azione anche perché, precisava, *«we would not wish to become a parliamentary magnet to which issues were attracted merely because the label "constitutional" was attached to them by those who thought them important»*.

Grazie anche alla consulenza degli esperti auditi nella preparazione del primo *report*, il *Constitution Committee* aveva innanzi tutto affermato che la Costituzione britannica può essere definita come: *«the set of laws, rules and practices that create the basic institutions of the state, and its component and related parts, and stipulate the powers of those institutions and the relationship between the different institutions and between those institutions and the individual»*[24]. Aveva, poi, individuato i cinque principi fondamentali di questa: la sovranità della Corona in Parlamento; la *Rule of Law* e i diritti fondamentali; l'*Union State*; il governo rappresentativo; l'appartenenza al *Commonwealth*, all'Unione europea e alle altre organizzazioni internazionali, principi che sono stati sempre tenuti a mente nei rapporti del Comitato.

---

[21] R. Johnson, Y. Yi Zhu (eds), *Sceptical Perspectives on the Changing Constitution of the United Kingdom*, London, Hart publishing, 2023.
[22] A. Le Sueur, J. Simson Caird, *op. cit.*
[23] House of Lords Select Committee on the Constitution, *First Report, Reviewing the Constitution*, 2001.
[24] House of Lords Select Committee on the Constitution, *op. cit.*; si ricorda che anche la Corte Suprema nel 2019, con la sentenza Miller aveva definito la Costituzione precisando che: *«Although the United Kingdom does not have a single document entitled "The Constitution", it nevertheless possesses a Constitution, established over the course of our history by common law, statutes, conventions and practice. Since it has not been codified, it has developed pragmatically, and remains sufficiently flexible to be capable of further development».*

Aveva, infine, chiarito che la propria azione sarebbe stata guidata da un *test*, definito «delle due p» in base al quale avrebbe orientato la scelta dei disegni di legge da esaminare. Questi, infatti, sarebbero stati selezionati se avessero avuto ad oggetto una rilevante *«question of principle about a principal part of the constitution»*.
Il Comitato, dunque, aveva voluto precisare, fin da subito, che la sua principale attività sarebbe stata quella di esaminare i progetti di legge con un *«clear constitutional significance»* e riferire su di essi pubblicando rapporti che avrebbero offerto un contributo al dibattito sulla materia, ma che avrebbe anche svolto indagini ed inchieste su tematiche reputate rilevanti al di là della presentazione di un *bill* in parlamento.

4. Il lavoro del Comitato

Appare interessante notare che la rilevanza del ruolo del Comitato non venne immediatamente colta. Nei primi anni di attività, infatti, la sua azione non fu considerata particolarmente incisiva, tanto che, nel 2004, la Oliver aveva sostenuto che esso *«is, then, not particularly active or influential in the field of constitutional scrutiny of bills»*[25]. Tuttavia, nel corso del tempo, attraverso la pubblicazione di più di 200 rapporti che hanno esaminato le numerose riforme e le principali questioni costituzionali, il *Committee* ha gradualmente assunto un ruolo rilevante e, grazie alla sua attenta azione, ha assicurato che ogni cambiamento potesse essere accompagnato da un adeguato scrutinio. La sua reputazione e la sua autorità sono quindi oggi riconosciute in modo unanime[26]. Questo risultato si deve anche alla composizione trasversale del Comitato e al suo approccio «tecnico» all'esame dei disegni di legge[27]. Nel valutare i *bills*, il *Committee* ha infatti cercato di astenersi da valutazioni politiche e di concentrare la propria analisi sull'osservazione del rispetto dei principi costituzionali e sull'effettivo dispiegamento delle norme[28]. Molti di questi rapporti, soprattutto quelli oggetto delle inchieste – penso ad esempio al *report* del 2010 sui *Referendums in the United Kingdom* – sono stati considerati punti di riferimento nel successivo dibattito dottrinario.
Nei quasi 25 anni di attività, polivalenti sono state le funzioni del Comitato. In primo luogo, attraverso l'esame dei disegni di legge, il *Committee* è riuscito a delineare in modo chiaro i contorni dei principi costituzionali. Infatti, nei *reports* ha definito alcuni punti fondamentali, come il controllo parlamentare sulla legislazione e sul governo, la necessità di un attento esame pre-legislativo dei *bills*, la critica all'eccesso di delega all'esecutivo, il rispetto degli obblighi internazionali, l'unità dello Stato nonché l'assetto devolutivo considerato *«a key element of the United Kingdom's constitutional architecture»*[29]. Il Comitato ha ripetuto regolarmente questi punti, seguendo il

[25] D. Oliver, *Constitutional Scrutiny of Executive Bills*, in *Macquarie Law Journal*, vol. 4, 2004, p. 109.
[26] A. Le Sueur, J. Simson Caird, *op. cit.*
[27] L. Atkinson, *op. cit.*
[28] P. S. Grez Hidalgo, *op. cit.*, p. 125.
[29] P. S. Grez Hidalgo, *op. cit.*, p. 125.

o di *«legisprudence»* che ha facilitato l'interpretazione delle norme della Costituzione britannica[30]. Sulla base di questi rapporti alcuni studiosi – come vedremo – hanno potuto redigere un elenco di *constitutional standards*.
In secondo luogo, l'attività del Comitato ha offerto un significativo contributo anche al corretto funzionamento della forma di governo parlamentare e al controllo sull'azione dell'esecutivo. Sebbene le osservazioni e le raccomandazioni formulate non siano state sempre recepite dal governo – come dimostra il caso della legge sulla deportazione degli immigrati clandestini in Ruanda[31] – l'esecutivo ha tuttavia fornito risposte scritte ai *reports* presentati, assumendosi in tal modo la responsabilità di rendere conto delle puntuali osservazioni sollevate in ambito costituzionale[32]. Come è stato acutamente osservato, i rapporti del Comitato costringono il governo a giustificare *«its proposals in constitutional terms. It promotes a culture of justification rather than allowing bald assertions of authority by government to legitimise its measures. It is in this way that the House acts as a guardian of the constitution and its values and principles»*[33].
In terzo luogo, il Comitato ha favorito il dialogo tra parlamento e corti, soprattutto quando, dopo l'istituzione della Corte suprema, i giudici di tale corte non sono più componenti della Camera alta ed il *Lord Chancellor* non è più il vertice del giudiziario. Questo dialogo si è concretizzato anche grazie agli incontri periodici che il Comitato ha organizzato con il Lord Cancelliere, con il presidente e il vicepresidente della Corte suprema e con il *Lord Chief Justice*. Ciò che emerge con maggiore evidenza è che, nel Regno Unito, l'intreccio tra competenze legislative e giurisdizionali – che a lungo ha caratterizzato l'attività della Camera dei Lords – ha favorito un dialogo particolarmente spontaneo tra le corti e il *Constitution Committee*. Del resto, sia la Corte suprema che il Comitato sono "gemmazioni" della Camera dei Lords e della sua secolare tradizione quale corte di giustizia. Questa sorta di "affinità elettiva" tra le corti e il *Constitution Committee* si riflette anche nel fatto che numerose osservazioni formulate nei rapporti del Comitato sono state successivamente recepite dalle decisioni giurisprudenziali.
Inoltre, attraverso la propria azione, il Comitato ha saputo dimostrare che la flessibilità del sistema costituzionale britannico rende possibile anche prevedere forme di controllo intra-parlamentare preventivo sui *bills* le quali possono essere compatibili sia con il principio della sovranità parlamentare, sia con la preminenza dei Comuni[34]. L'attività del *Constitution Commit-*

[30] House of Lords Select Committee on the Constitution, *The Governance of the Union: Consultation, Co-operation and Legislative consent*, 2024. Sul punto D. Oliver, *Constitutional Guardians*, cit.; M. Elliott, *Parliamentary Sovereignty in a Changing Constitutional Landscape,* in J. Jowell, C. O'Cinneide (eds), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2019; M. Elliott, *Legislative Supremacy in a Multidimensional Constitution,* in D. Feldman, M. Elliott (eds), *Cambridge Companion to Public Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
[31] In proposito devono essere ricordate le osservazioni fortemente critiche mosse dal Comitato sia a *The Illegal Migration Bill 2022-23* sia al *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill.* Sulla reazione del governo alle osservazioni espresse dal Comitato M. Russell, D. Gover, *Legislation at Westminster: Parliamentary Actors and Influence in the Making of British Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 224 ss.
[32] A. Le Sueur, J. Simson Caird, *op. cit.*
[33] D. Oliver, *Constitutional Guardians*, cit.
[34] A. Le Sueur, J. Simson Caird, *op. cit.*

***e authoritative and measured positions on constitutional legislation»*[35]. Si tratta di una funzione che ha spinto la Oliver a paragonare il *Constitution Committee* ad una «barriera sul Tamigi» perché come questa protegge e garantisce il regolare deflusso del fiume, il Comitato protegge e garantisce i valori fondamentali della Costituzione[36].**

Apprezzabile risulta altresì l'impegno profuso dal Comitato nell'analizzare e valutare l'incidenza delle singole riforme costituzionali succedutesi nel tempo sul complessivo assetto dell'ordinamento politico-costituzionale. Questa attenzione si rivela indispensabile nel contesto della *political constitution* britannica, nella quale l'interpretazione delle convenzioni costituzionali è suscettibile di notevoli oscillazioni e sensibile anche alle peculiari contingenze politiche, economiche e sociali che incidono sul concreto funzionamento della forma di governo. In tal senso devono essere citati, tra gli altri, il rapporto *Constitutional implications of coalition government* del 2014 sulle nuove prassi costituzionali maturate durante il governo di coalizione in merito alla formazione dell'esecutivo o al principio di responsabilità collegiale; i rapporti pubblicati durante la pandemia sulle implicazioni costituzionali dell'emergenza sanitaria, sull'abuso del potere normativo dell'esecutivo, sulla contrazione delle attività di parlamento e corti[37]; i numerosi rapporti sulle conseguenze costituzionali della *Brexit*, di cui parleremo in seguito.

5. Alcuni temi affrontati dal Comitato

5.1 La *devolution*.

Tra le tematiche a cui il *Constitution Committee* ha riservato, nel corso degli anni, un'attenzione costante spicca il processo devolutivo, al punto che il Comitato si è guadagnato l'epiteto di *«devolution watchdog»*[38].

Il Comitato, infatti, non si è limitato a esaminare le leggi che hanno progressivamente ampliato le competenze delle nazioni devolute, ma ha anche condotto approfondite inchieste volte a mantenere alta l'attenzione sul nodo irrisolto della devoluzione asimmetrica nel Regno Unito, vale a dire la presenza di normative introdotte per le singole nazioni in maniera frammentaria e spesso in assenza di una visione comune o coerente. In più occasioni, nei propri rapporti, ha sottolineato l'esigenza di affrontare le modifiche costituzionali adottando un approccio sistemico e integrato, ponendo l'accento sulle ricadute costituzionali di ciascuna riforma e ha anche ribadito la necessità di rafforzare le interazioni tra i diversi livelli di governo. Significativamente, alcune audizioni si sono tenute presso le nazioni devolute.

[35] R. Hazell, D. Oliver, *The Constitutional Standards of the Constitution Committee: How a Code of Constitutional Standards Can Help Strengthen Parliamentary Scrutiny*, in *U.K. Const. L. Blog*, November 22, 2017.
[36] A. Le Sueur, J. Simson Caird, *op. cit.*, p. 7.
[37] House of Lords Select Committee on the Constitution, *COVID-19 and the Use and Scrutiny of Emergency Powers*, 2021.
[38] S. Tierney, *Towards a Principle of Positive Engagement?: The House of Lords Constitution Committee reports on The Governance of the Union*, in *U.K. Const. L. Blog*, September 27, 2024.

Per quanto riguarda la Scozia, il Comitato ha seguito con grande attenzione il processo che ha portato all'indizione del referendum per l'indipendenza[39], fin dall'accordo di Edimburgo del 2012; ha poi esaminato e pubblicato rapporti sugli effetti del voto e sul possibile impatto dell'indipendenza scozzese sul resto del Paese[40]. Deve essere evidenziato che il Comitato ha contribuito a fare molta chiarezza sulla questione relativa alle conseguenze dell'eventuale voto a favore del "Sì", voto che non avrebbe comportato l'immediata indipendenza della Scozia, ma solo consentito l'avvio di una fase di negoziazione tra i due esecutivi. Ed ha inoltre precisato che il governo scozzese non avrebbe avuto la competenza a negoziare l'indipendenza con il governo britannico, senza ricevere una specifica delega da parte del parlamento di Westminster.

Numerosi rapporti hanno accompagnato il processo di approvazione dello *Scotland Act* 2016, il quale ha introdotto particolari innovazioni sotto il profilo costituzionale. Da tali *reports* è emersa la costante preoccupazione del Comitato che le leggi in materia costituzionale – come in questo caso quella relativa alla Scozia e l'omologa approvata per il Galles nel 2017 – fossero adottate con eccessiva rapidità, in mancanza di un adeguato scrutinio parlamentare, senza un'effettiva e approfondita consultazione delle parti interessate e senza una valutazione complessiva delle conseguenze e dell'impatto di tali riforme sull'assetto costituzionale del Paese. In particolare, la previsione contenuta negli atti del 2016 e del 2017, secondo cui i parlamenti devoluti di Scozia e Galles sarebbero da considerare «permanenti», avrebbe dovuto – a giudizio del Comitato – essere formulata con maggiore cautela, in quanto potenzialmente in contrasto con il principio fondamentale della sovranità parlamentare e, in particolare, con l'assunto secondo cui *«Parliament cannot bind its successor»*. Il Comitato aveva quindi sottolineato la natura eminentemente politica e simbolica di tale disposizione legislativa.

Il *Constitution Committee* era poi intervenuto sulla proposta – contenuta in entrambe le leggi – di formalizzare la *legislative consent convention*. Anche in questo caso, aveva chiarito che il riconoscimento in una legge di tale convenzione non avrebbe alterato la natura della fonte che sarebbe rimasta dunque una mera convenzione, non giustiziabile e priva di conseguenze giuridiche. Aveva quindi sollecitato il Governo a fare chiarezza sulla questione[41]; si tratta di un invito che l'esecutivo non colse a pieno, tanto che sul punto è intervenuta, come noto, la Corte suprema con la sentenza Miller del 2017, che ha confermato l'interpretazione espressa dal Comitato.

Il *Constitution committee* ha svolto diverse inchieste in merito alle relazioni intergovernative. Tra gli altri, devono essere ricordati il rapporto pubblicato nel 2016 dal titolo *The Union and devolution*, frutto di una lunga e approfondita indagine nella quale erano messi in evidenza i rischi a cui era esposta

[39] House of Lords Select Committee on the Constitution, *The Agreement on a Referendum on Independence for Scotland*, 2012.
[40] House of Lords Select Committee on the Constitution, *Scottish Independence: Constitutional Implications of the Referendum*, 2014.
[41] House of Lords Select Committee on the Constitution, *Proposals for the devolution of further powers to Scotland*. Id, *Scotland Bill*, 2015; Id., *Wales Bill*, 2016. Nel rapporto *English Votes for English Laws*, 2016, il Comitato ha anche esaminato la riforma regolamentare dei Comuni introdotta nel 2015 e poi abrogata nel 2021.

l'Unione a causa della *Brexit*. Il Comitato aveva, anche in questa occasione, invitato il governo a definire un assetto più omogeneo e coordinato per la *devolution*, auspicando che le future riforme relative all'assetto territoriale fossero condotte *«within an appropriate framework of constitutional principles that safeguard the integrity of the Union»*. Esso aveva anche escluso la trasformazione in senso federale del Regno Unito. Nel rapporto *Respect and Co-operation: Building a Stronger Union for the 21st century* del 2022, poi, attraverso un'attenta analisi ricostruttiva sullo stato dell'Unione e sui rapporti tra governo centrale e amministrazioni devolute, il Comitato aveva raccomandato all'esecutivo di garantire un maggior coinvolgimento e una maggior collaborazione con le amministrazioni devolute. Il documento non aveva mancato di mettere in evidenza gli aspetti di debolezza delle relazioni interparlamentari e intergovernative, peraltro accentuati dalla *Brexit* e dalla gestione dell'emergenza sanitaria, e aveva ancora una volta difeso l'unità del Regno. Nel rapporto, il Comitato aveva anche suggerito nuove competenze da assegnare alla seconda Camera, tra cui l'esame approfondito dei disegni di legge che coinvolgono le amministrazioni devolute e sono sottoposti, quindi, alla *Sewel convention*. Infine, nel *report* del 2024, *The Governance of the Union: Consultation, Co-operation and Legislative consent*, il Comitato aveva invitato il governo a collaborare maggiormente con gli omologhi devoluti, dando vita a strutture intergovernative articolate in ogni ministero. In merito alla *Sewel Convention* aveva auspicato una maggiore attenzione da parte di Westminster delle opinioni espresse dalle assemblee locali, pur reputando non opportuno, per il rispetto del principio della sovranità del parlamento, accogliere la proposta di rendere vincolante il consenso delle assemblee devolute[42]. Merita evidenziare che in questa occasione il Comitato si è anche augurato che il proprio lavoro potesse essere reputato un utile contributo per raggiungere l'obiettivo di costruire e mantenere un'Unione più efficace.

5.2 Il processo legislativo e le leggi costituzionali.

Un altro argomento a cui il Comitato ha prestato particolare attenzione è stato quello del processo legislativo, argomento che ha offerto l'occasione di approfondire tra l'altro il ruolo del Parlamento, le modalità di controllo *pre* e *post* legislativo da esso esercitate, i rischi connessi con una espansione eccessiva del potere normativo dell'esecutivo ed i relativi effetti sul corretto funzionamento della forma di governo, la necessità di introdurre buone prassi in materia di delega[43]. Ma soprattutto esso ha consentito al Comitato di ribadire più volte la necessità di un esame parlamentare rigoroso dei disegni di legge in materia costituzionale, questione che appare dunque strettamente collegata alle finalità istituzionali che hanno portato alla nascita del Comitato. Del resto, un processo legislativo in grado di assicurare una adeguata valutazione dei disegni di legge, specialmente in ambito costituzional-

[42] House of Lords Select Committee on the Constitution, *The Governance of the Union: Consultation, Co-operation and Legislative consent*, 2024, p. 75.
[43] House of Lords Select Committee on the Constitution, *The Legislative Process: The Delegation of Powers*, 2018. Il Comitato ha pubblicato anche il rapporto *Delegated Legislation and Parliament: A response to the Strathclyde Review*, 2016, molto critico sul progetto della Commissione Strathclyde, che non è stato poi mai attuato nonostante il sostegno espresso da David Cameron sulla riforma.

e, rappresenta il primo presupposto imprescindibile ed il primo strumento di salvaguardia dei principi costituzionali. Pertanto, secondo il Comitato, il procedimento legislativo deve fondarsi su un'attenta attività di scrutinio, sia pre-legislativa sia intra-parlamentare, che si avvalga di un quadro procedurale specifico in merito al *«constitutional change»*. È in capo al governo la responsabilità di garantire che ogni intervento in materia costituzionale sia accompagnato da un ampio ed articolato processo di consultazione, dalla pubblicazione di documenti preparatori quali i *white* e i *green papers* e di *draft bills*, e da un adeguato scrutinio parlamentare, nel rispetto delle convenzioni costituzionali[44].

Attraverso i suoi rapporti, quindi, il Comitato ha offerto un significativo contributo al vivace dibattito sorto intorno alla possibilità/necessità di introdurre forme di maggiore rigidità nella materia costituzionale, dibattito che è stato sollecitato e ravvivato dalle numerose riforme che hanno interessato il Regno Unito negli ultimi anni e dalle sentenze delle corti sui *constitutional statutes*[45].

5.3 La *Brexit*.

Il Comitato ha poi dedicato particolare attenzione alla questione della *Brexit* pubblicando molti *reports* che hanno accompagnato l'intero processo a partire dalla presentazione del *bill* per l'indizione del referendum. I rapporti hanno riguardato – tra l'altro – le conseguenze del referendum, le procedure per l'attivazione dell'articolo 50 del Trattato di Lisbona, le principali leggi esaminate dal parlamento, come l'*European Union (Withdrawal) Act 2018*, l'*European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* e l'*United Kingdom Internal Market Act 2020*[46], le conseguenze costituzionali della *Brexit*[47] e gli effetti per il Nord Irlanda e per l'unità del Regno. Attraverso i suoi rapporti il Comitato ha quindi concorso a fare luce su uno dei più complessi *constitutional moment* della storia britannica, indicando in modo chiaro, ancora una volta, i punti cardinali dei principi costituzionali.

Fin dal settembre 2016, ad esempio, il *Constitution Committee*[48] aveva chiarito che spettava al parlamento e non al governo notificare la volontà di uscire dall'Unione, una precisazione che, come noto, è stata confermata in una delle principali sentenze "costituzionali" emanate dalla Corte suprema, la Miller del gennaio 2017.

L'esame del tema *Brexit* ha offerto al Comitato l'opportunità di tornare su alcuni dei propri *topoi*: in particolare, si è espresso sul ruolo del parlamento

[44] House of Lords Select Committee on the Constitution, *The Process of Constitutional Change*, 2011; M. Dicosola, *op. cit.*; L'*House of Commons, Political and Constitutional Reform Committee*, nel rapporto *Lessons from the process of Government formation after the 2010 General Election*, Fourth Report of Session 2010–11, del 2011, aveva auspicato che tutti i progetti di riforma costituzionale fossero presentati in *draft* al fine di farli discutere e di consentirne una ampia riflessione.

[45] R. Hazell, *Time for a new Convention: Parliamentary Scrutiny of Constitutional Bills 1997–2005*, in *Public Law*, 2006, pp. 247-298.

[46] Tra i rapporti in materia di *Brexit* ricordiamo: House of Lords Select Committee on the Constitution, *European Union Referendum Bill*, 2015; Id, *The invoking of Article 50*, 2016; Id, *The Great Repeal Bill' and delegated powers*, 2017; Id, *European Union (Withdrawal) Bill: interim report*, 2017; Id, *European Union (Withdrawal) Bill*, 2018; Id, *European Union (Withdrawal) (No. 5) Bill*, 2018; Id, *European Union (Withdrawal Agreement) Bill*, 2020; Id, *Brexit legislation: constitutional issues*, 2020; Id, *United Kingdom Internal Market Bill*, 2020; Id, *European Union (Future Relationship) Bill*, 2020.

[47] House of Lords Select Committee on the Constitution, *Brexit legislation: constitutional issues*, 2020.

[48] House of Lords Select Committee on the Constitution, *The invoking of article 50*, 2016.

e sulla necessità di garantirne il controllo puntuale in tutte le fasi del processo *Brexit*, nonché sulla complessa normativa necessaria al recesso, da esaminare con tempi adeguati e in modo approfondito. Ha mostrato preoccupazione per l'eccesso di delega conferita al governo che *«fundamentally challenge the constitutional balance of powers between Parliament and Government and would represent a significant — and unacceptable — transfer of legal competence»*. Ha posto l'attenzione sul rispetto della *Rule of Law* e sulla necessità del coinvolgimento delle nazioni devolute. Nei rapporti sulla *Brexit*, quindi, il Comitato ha confermato di vigilare costantemente sulle tematiche che erano state definite sin dal primo *report* e ha dimostrato che la propria azione non si limita a criticare o ammonire il governo, ma opera in modo propositivo con suggerimenti e proposte di modifica.
Anche se alcune delle osservazioni mosse dal *Committee* sono state criticate[49] e non sono state recepite, la sua attività ha offerto un ausilio importante non solo al dibattito parlamentare, ma anche alla concreta realizzazione del principio fondamentale del governo responsabile di fronte al Parlamento. Ad esempio, molte delle note critiche relative al controverso *United Kingdom Internal Market Bill*[50] circa l'esplicita violazione del diritto internazionale prevista nel progetto originario hanno sicuramente contribuito alla scelta di Boris Johnson di emendare il testo.

6. Un *Code of legislative standards*?

Il *Constitution Committee* è riuscito, grazie alla sua indipendenza dall'esecutivo e dai partiti, al suo lavoro di revisione preventivo ed astratto, al rispetto dei propri precedenti, a definire in modo chiaro i contorni dei *constitutional principles* e ad accompagnare, insieme ad altri organi, l'evoluzione della Costituzione britannica. Per questa sua azione esso è stato perfino paragonato al *Conseil constitutionnel* francese o alle commissioni parlamentari che, in Svezia e in Finlandia, hanno il precipuo compito di verificare la costituzionalità dei progetti di legge[51].
Deve essere poi ricordato che, nel 2014, Jack Simson Caird, Robert Hazell e Dawn Oliver hanno pubblicato, per la *Constitution Unit* dell'*University College* di Londra, un lavoro sugli *standards* costituzionali desumibili dai rapp-

[49] J. Blackwell, *Scrutiny of SIs: further amendments are needed to EU (Withdrawal) Bill*, in *hansardsociety blog*, 2018; M. Elliott, S. Tierney, *Sovereignty or Supremacy? Lords Constitution Committee Reports on EU (Withdrawal) Bill*, in *U.K. Const. L. Blog*, January 29, 2018; P. Craig, *The Withdrawal Bill, Status and Supremacy*, in *U.K. Const. L. Blog*, February 18, 2018.
[50] House of Lords Select Committee on the Constitution, *United Kingdom Internal Market Bill*, 2020. Già nel 2020 il comitato aveva scritto una lettera a Lord Callanan, *Minister from the Department for Business, Energy and Industrial Strategy*, nella quale aveva sostenuto che non era necessario intervenire con una legge per disciplinare il tema del mercato interno e aveva ribadito la necessità di coinvolgere le nazioni devolute e di prevedere un periodo più lungo per le consultazioni.
[51] D. Arter, *Conclusion. Questioning the "mezey question": An interrogatory framework for the comparative study of legislatures*, in *The Journal of Legislative Studies*, vol. 12, n. 3-4, 2006, pp. 462-482; H. West, *Parliamentary Committees and Ex-post Oversight: Institutional Options and Design*, in *Parliamentary Affairs*, 2024, vol. 77, n. 3, pp. 601-622.

orti del Comitato dei Lords[52]. A detta degli autori, il lavoro del Comitato negli anni era stato così rilevante da essere divenuto un *«key constitutional actor»*. Grazie ai suoi rapporti, infatti, aveva contribuito ad interpretare e far evolvere le *«norms of the British constitution that are relevant to the scrutiny process»*. Gli autori avevano quindi estratto dai rapporti un "codice" e avevano auspicato che il Comitato ne potesse a sua volta definirne uno.
Tale codice rappresentava un insieme di linee guida, di *«constitutional soft law»*, che governo e parlamento avrebbero potuto seguire nel processo legislativo in merito alla *Rule of Law*, alla delega, alla *Henry VIII clause*, alla separazione dei poteri, ai diritti dei cittadini. Si tratta di una proposta che andava ad inserirsi nel dibattito che, in quegli anni, aveva avuto ad oggetto l'introduzione di una Costituzione scritta, anche a seguito della pubblicazione del *Cabinet manual* da parte del *Cabinet office*[53]. Deve aggiungersi, inoltre, che nel 2013 l'*House of Commons Political and Constitutional Reform Committee* aveva suggerito al governo, nel rapporto *Ensuring standards in the quality of legislation*, di redigere un *Code of Legislative Standards*, ma tale proposta era stata respinta dall'esecutivo che l'aveva giudicata non necessaria.
Forse anche per questo motivo, la sollecitazione di Caird, Hazell e Oliver è caduta nel vuoto e il Comitato non ha mai voluto formalizzare in un proprio "codice" i principi costituzionali, pur continuando a ribadirli in ogni suo rapporto. Un rifiuto di formalizzazione che appare del tutto coerente con la tradizione costituzionale britannica, con la sensibilità del comitato alle possibili novità della prassi e con l'uso da lui adottato di rispettare comunque i propri precedenti[54].
L'ausilio offerto dal Comitato nell'orientare l'azione degli altri organi costituzionali e nel definire con chiarezza il nucleo essenziale dei valori e dei principi costituzionali appare confermato ancora una volta dalle raccomandazioni contenute in uno degli ultimi rapporti pubblicati, nel gennaio 2025, su *Executive oversight and responsibility for the UK constitution*. In tale documento, il Comitato ha richiamato il neo insediato governo Starmer alle proprie responsabilità costituzionali, sottolineando l'importanza della rete di protezione offerta dalla *«multitude of guardians»* presente nel Regno Unito – nella quale, tuttavia, esso stesso non si inserisce – ed auspicando l'introduzione di *«more formal constitutional safeguards»*.
Particolarmente significativa, infine, appare anche la scelta del nuovo tema di indagine che impegnerà la sua azione nei prossimi mesi, quello della *Rule of Law*, tema che gli consentirà di partecipare ad un dibattito, già intenso e dalle molte voci, sul rapporto tra i due pilastri della Costituzione,

[52] J. Simson Caird, R. Hazell, D. Oliver, *The Constitutional Standards of the House of Lords Select Committee on the Constitution*, Constitution Unit, 2014. Alla prima edizione ne sono seguite altre due nel 2015 e 2017. Il lavoro è stato svolto principalmente da Jack Simson Caird. J. Simson Caird, D. Oliver, *Parliament's Constitutional Standards* in A. Horne, A. Le Sueur (eds), *Parliament: Legislation and Accountability*, London, Hart Publishing, 2016, pp. 63-88.
[53] J. Melton, C. Stuart, D, Helen, *To codify or not to codify? Lessons from consolidating the United Kingdom's constitutional statute*, The Constitution Unit, March 2015.
[54] D. Oliver, *Improving the Scrutiny of Bills: The Case for Standards and Checklists*, in *Public Law*, 2006, pp. 219-245; R. Hazell, *Who is the Guardian of Legal Values in the Legislative Process: Parliament or the Executive?* in *Public Law*, n. 3, 2004, pp. 495-500; R. Hazell, *Time for a new Convention*, cit.

***Rule of Law* e sovranità parlamentare, tra i quali è presente una relazione simbiotica e di equilibrio che si fonda sul rispetto delle specifiche attribuzioni e competenze degli organi costituzionali[55]. Si tratta di un tema su cui anche le corti sono particolarmente sensibili e di cui ad esempio si era occupato il *Judicial Committee* della Camera dei Lords nel 2005 con la sentenza *«Jackson»*.**

Così il *Constitution Committee* – muovendosi in equilibrio tra la *political* e la *legal constitution*[56] – ha concorso, in questi anni, in modo significativo, a definire, interpretare e tutelare il nucleo essenziale dei valori e dei principi costituzionali[57]. La Costituzione britannica, allora, non può essere considerata solo *«what happens»*[58], secondo la celebre espressione di Griffith, dato che – grazie all'azione di tutti i suoi «custodi» – la sua evoluzione prova a seguire un percorso coerente, fondato su una solida e profonda tradizione.

[55] M. Elliott, *Could the Supreme Court Reject the Rwanda Bill as Unconstitutional?,* in *publiclawforeveryone.com,* December 11, 2023; J. Goldsworthy, *Is Parliamentary Sovereignty Alive, Dying or Dead*, in *Public Law*, n. 1, 2023, pp. 126-150; A. Latham-Gambi, *Sovereignty, the rule of law and the nature of legislation: reconceptualising the traditional ultra vires theory,* in *Public Law*, n. 1, 2024, pp. 109-130.
[56] A. Le Sueur, J. Simson Caird, *op. cit*.
[57] A. Young, *Constitutional entrenchment and parliamentary sovereignty*, Institute for Government, Bennett Institute for Public Policy, 2023; A. Blick, P. Hennessy, *Good Chaps No More? Safeguarding the Constitution in Stressful Times*, The Constitution Society, 2019; J. Connolly, M. Flinders, D. Judge, M. Torrance, P. Tudor, *Institutions Ignored: A History of Select Committee Scrutiny in the House of Lords, 1968–2021*, in *Parliamentary History*, vol. 41, n. 3, 2022, pp. 463-490; J. Seaton, B. K. Winetrobe, *op. cit.*; A. Le Sueur, J. Simson Caird, *op. cit*.
[58] J. A. G. Griffith, *The Political Constitution*, in *The Modern Law Review*, vol. 42, n. 1, 1979, pp. 1-21.

numero 1/2025

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-0F7

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

Supreme Court's case law on the Scottish Independence Referendum: substance and consequence

Aurélien Antoine
Professor of Public Law, Holder of the Chair of Comparative Public Law and Politics, Director of the Brexit Observatory: Post-Brexit UK and EU Research Group, University Jean-Monnet of Saint-Étienne

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Supreme Court's case law on the Scottish Independence Referendum: substance and consequence**

di Aurélien Antoine*

Abstract (Ita): Il referendum del 2014 sull'indipendenza scozzese avrebbe dovuto portare con sé la decisione a lungo termine di permanere nel Regno Unito, ma Brexit ha rimescolato le carte. Lo Scottish National Party ha fatto leva sulla forte opposizione del popolo scozzese all'uscita dall'UE per chiedere al governo centrale un nuovo voto sulla questione indipendentista. I Conservatori, fermamente contrari alla separazione, si sono costantemente rifiutati di avviare un processo simile a quello del 2014. In un contesto di relazioni tese tra governo centrale e governo devoluto, nel corso dei negoziati relativi a Brexit, i nazionalisti hanno lanciato unilateralmente un'iniziativa legislativa per consultare nuovamente il popolo scozzese. Tuttavia, questa è stata bloccata dall'intervento della Corte Suprema, che nel 2022 ha stabilito che un disegno di legge che prevedeva un referendum consultivo esulava dalle competenze delle autorità devolute. Da allora, lo SNP è entrato in un periodo di crisi, che coincide con il ritorno di un governo laburista, notoriamente più favorevole alla devolution che all'indipendenza.

Abstract (Eng): Whereas the 2014 referendum on Scottish independence would have resulted in a long-term decision to remain within the United Kingdom, Brexit reshuffled the deck. The Scottish National Party seized on the Scottish people's strong opposition to leaving the European Union to demand a new vote from London by the end of the 2010s. The Conservatives, firmly opposed to independence, consistently refused to initiate a process similar to 2014. Amid tense relations between the two governments during Brexit negotiations, the nationalists unilaterally launched a legislative initiative to consult the Scottish people once again. However, this was thwarted by the intervention of the UK Supreme Court, which ruled in 2022 that a bill providing for an advisory referendum was outside the competence of the devolved authorities. Since then, the SNP has entered a period of crisis, one that coincides with the return of a Labour government far more supportive of devolution.

Parole chiave: Devolution; Scozia; Corte Suprema del Regno Unito; Referendum sull'indipendenza

Keywords: Devolution; Scotland; UK Supreme court; Independence Referendum. TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. The Turning Point of the Indyref2 case; 2.1 References to the UKSC by Law Officers: an understanding approach; 2.2 The incompetence of the Scottish Parliament to unilaterally legislate for a consultative referendum on Scottish independence; 3. Towards a pacification of relations between Edinburgh and London: legal and political dimensions; 3.1 The Weakening of the SNP; 3.1.1. A new legal battle; 3.1.2. Evolution of political landscape; 3.2. Restoring the dialogue between the UK and Scottish Governments

1. Introduction

Among the recurring issues of political and constitutional life in the United Kingdom, the relationship between London and Edinburgh ranks among the most significant[1]. One need only recall the historically tumultuous ties between Scotland and England to be convinced of this. The 2010s and early 2020s were marked by major tensions and a direct challenge to the union, centred around two key actors: the Scottish National Party (SNP), advocating for Scottish independence, and the Conservative Party – whose full name (is worth remembering) is "The Conservative and Unionist Party".

** This paper has undergone a double blind peer review process.

* Professor of Public Law, Holder of the Chair of Comparative Public Law and Politics, Director of the Brexit Observatory: Post-Brexit UK and EU Research Group, University Jean-Monnet of Saint-Étienne

[1] W. L. Miller, *Modified Rapture All Round: The First Elections to the Scottish Parliament*, in *Government and Opposition*, 1999, vol. 34/3, p. 299.

Yet it was a Tory Prime Minister, David Cameron, who gave way to a politically ascendant SNP in the early 2010s, allowing the Scottish people to be consulted on their future. This concession resulted from the rapidly evolving Scottish political landscape. In 1999, during the first elections to the Holyrood Parliament, the independence party won 35 of the 129 seats. While a solid performance – unsurprising in light of the localist momentum of devolution – the SNP failed to assert itself as the dominant political force in Scotland. Labour, in fact, managed to retain its leading position[2]. Due to the lack of an outright majority, Labour had to form a coalition government with the Liberal Democrats. It was not until the third Scottish elections that the SNP emerged as the leading party in the Parliament. Alex Salmond became First Minister, but led a minority government, which prevented any immediate ambition for a referendum.

Four years later, in 2011, the Holy Grail was reached: the SNP secured an outright majority with 69 seats, largely due to the steady but significant erosion of Labour's electorate over successive elections. The nationalist party was in a strong position to negotiate with London for an independence referendum. Successive British governments had failed to sufficiently advance the process of transfer of powers – potentially even in a federal mode – to push the issue of independence into the background. In 2009, the Calman Report had made 63 recommendations aimed at deepening devolution in Scotland, summed up under the concept of *Devolution Plus*[3]. While some Scottish think tanks quickly deemed it interesting[4], the SNP considered it inadequate, as it made no recommendations concerning the economy, employment, or foreign affairs[5]. *Devolution Max* thus emerged as a possible alternative solution[6].

At the start of the 2010s, although independence was increasingly embraced and placed at the centre of public debate by Alex Salmond, it was still far from enjoying clear majority support[7]. The First Minister therefore sharpened his arguments[8]. First, he argued that, legally, the Edinburgh Parliament had the competence to decide whether to hold a referendum. Second, he remained convinced that the "threat" of Scottish independence was an effective way to secure further powers from London. Short of independence, the referendum would also be an opportunity to test the *Devolution Max* hypothesis. In 2011, the

[2] W. L. Miller, *Modified Rapture All Round: The First Elections to the Scottish Parliament*, in *Government and Opposition*, 1999, vol. 34/3, p. 299.
[3] Commission on Scottish Devolution, *Serving Scotland Better: Scotland and the United Kingdom in the 21st century*, June 2009, 265 p.
[4] See Reform Scotland, *Devolution Reform Scotland's evidence to the Scottish Parliament's Scotland Bill Committee outlining a new tax and spending framework for Scotland*, September 2011, 29 p.
[5] The SNP's reactions were at times strong. For Alex Salmond: "The Calman Commission seems to have spent a lot of time making no conclusions at all about anything."
[6] On these options, see the British Academy and Royal Society of Edinburgh report, *Scotland and the United Kingdom*, January 2012, 42 p.
[7] According to an Ipsos-MORI poll, opposition to independence rose from 50% in January 2012 to 55% in June 2012, and then to 58% in October 2012. Support for independence was backed by only about a third of voters (http://www.ipsosmori.com/offices/scotland/scottishpublicopinionmonitor/keytrends/Independence.aspx).
[8] Scottish Government, *Your Scotland, Your referendum*, January 2012, 81 p.

Scottish Government was considering not one but two questions: one on *Devolution Max*, the other on independence.

Third, the voting arrangements favoured by the independence movement were designed in such a way as to give them an advantage. Alex Salmond quickly settled in 2014 – a highly symbolic year. It marked the 700th anniversary of the Scots' victory over the English at Bannockburn, and Glasgow was to host the Commonwealth Games. These events stoked nationalist sentiment and allowed Scottish citizens to vote on their nation's destiny, to believe their country had little to envy from its English neighbour.

A subtler demand concerned the franchise. The Scottish Government wanted 16- and 17-year-olds to participate in the vote. This generation had grown up entirely within the framework of devolution and the rise of the SNP. These two factors could legitimately suggest that a favourable vote for independence was not impossible.

The Conservative-Liberal Democrat coalition, although opposed to independence, had to take into account the SNP's success. It supported further devolution and adopted a number of the Calman Report's proposals on *Devolution Plus* through the Scotland Act 2012[9]. However, the deepening of Scottish devolution did not dampen nationalist ambitions. The British Government gave in to Alex Salmond's demands. As he would do a few years later concerning the European Union, David Cameron (aware of the growing disconnect between political leaders and citizens) wrongly believed that a referendum was the best way to settle a recurring issue once and for all.

The two governments had to agree on the conditions of the referendum based on the framework set by Alex Salmond. Although David Cameron accepted most of the First Minister's requests, he ruled out any unilateral power for the Edinburgh Government to hold the referendum – a legal issue that will re-emerge ten years later. British institutions had to act pre-emptively to grant Holyrood the authority to consult Scottish citizens on a constitutional matter concerning the future of the Union. Three options were available: the adoption of a specific statute by Westminster temporarily authorising the Scottish Parliament to organise a referendum; an amendment to the Scotland Act 1998 to confer a new competence on the Scottish authorities; or using Section 30 of the Scotland Act 1998, which allows the Privy Council to make an order authorising the holding of a referendum before the end of 2014[10]. The third option, deemed more flexible and quicker, was chosen[11]. Once the draft order was prepared, it only needed to be approved by

[9] See A. Torre, *Scozia: devolution, quasi-federalismo, indipendenza?*, in *Rivista AIC*, 2013, n° 2.

[10] UK Government and The Scottish Government, *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, October 2012.

[11] In a report, the House of Lords expressed serious doubts about the legal guarantees mentioned in the agreement between the UK and Scottish governments. The refusal to follow the procedure for adopting a statute law created tensions over a matter so fundamental to the future of the United Kingdom. (Select Committee on the Constitution of the House of Lords, *The Agreement on a referendum on independence for Scotland*, 7th Report of Session 2012–2013, HL Paper 62).

both the Westminster and Holyrood parliaments[12]. The Privy Council formally enacted the order in February 2013.

On 18 September 2014, after a high-quality campaign and a growing sense of suspense over the preceding weeks, the independence bid was rejected by a clear margin (over 55% of the vote[13]). David Cameron expressed relief and believed the issue had been definitively settled for the foreseeable future, especially since his government had agreed to transfer further powers to Holyrood through the Scotland Act 2016. This Act also reinforced the constitutional and fundamental nature of devolution within the UK legal order. It was then agreed that a second vote on independence should not be considered for at least a generation (around 25 years) or unless circumstances changed significantly[14].

The referendum weapon would, however, turn against David Cameron when he used it again in 2016 to consult citizens on the United Kingdom's membership in the European Union. Not only did the Brexit victory force the Prime Minister's resignation, but it also led to a significant deterioration in relations between London and Edinburgh, because Scotland had voted overwhelmingly in favour of remaining (62%). Largely excluded from negotiations, rarely consulted, and forced to accept a recentralisation of certain powers, the Scottish authorities, still led by the SNP, vehemently criticised the Brexit process. Nicola Sturgeon, who succeeded Alex Salmond as First Minister in 2014, adopted a clear stance of opposition toward the successive Prime Ministers who occupied 10 Downing Street between 2016 and 2022.

These political tensions were mirrored in the judicial arena, with a surge in cases brought before the Supreme Court. While the UK's highest court had only been consulted four times between 2009 and 2016 to resolve disputes between London and Edinburgh – mostly in a relatively serene context – six major rulings marked the years 2017–2025[15]. These judgments covered three areas related to the scope of Holyrood's powers: the European

[12] P. Bowers, *Referendum on independence for Scotland*, Londres, House of Commons Library, Standard note n° SN/PC/06478, 2013.

[13] R. McInnes, *Scottish Independence Referendum 2014. Analysis of Results*, Londres, House of Commons Library, Research paper n° 14/40, 2014, p. 16; A. Torre, *Una costituzione sotto stress. Riflessioni sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, in *Rivista AIC*, 2017, n° 2.

[14] See J. Frosini, *C'è chi dice no: la Scozia non abbandona l'Unione*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 922; A. Torre (cur.), *Il Regno è ancora Unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Maggioli, 2016.

[15] *Martin v Her Majesty's Advocate* [2010] UKSC 10; *AXA General Insurance Ltd v The Lord Advocate* [2011] UKSC 46; *Imperial Tobacco Limited v The Lord Advocate (Scotland)* [2011] UKSC 44; *The Christian Institute and others v The Lord Advocate (Scotland)* [2016] UKSC 51.

Union[16], fundamental rights and freedoms[17], and the organisation of a second referendum. To these must be added the *Miller I* case, which clarified the limited legal scope of the Sewel Convention[18]. The ruling concerning the organisation of a new referendum (*Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998* – commonly known as the *Indyref2* case[19]) was arguably the most significant, as it had major political repercussions for the SNP.

The prospect of a second referendum became more concrete in the spring of 2021. The Scottish National Party had secured another electoral victory. Falling just two seats short of an outright majority in the Holyrood Parliament, the SNP was nonetheless able to rely on the Greens to pursue its campaign promise to leave the United Kingdom. Once a coalition agreement was reached with the Greens[20], Nicola Sturgeon initiated the process for consulting Scottish citizens.

On 14 June 2022, the first part of a series of official documents entitled *Building a New Scotland* was published. The aim of the Scottish Government was to demonstrate the viability of an independent Scotland, in response to the concerns that had largely contributed to the failure of the 2014 referendum. Two weeks later, the Scottish Independence Referendum Bill (SIRB) was published. The following question was retained: 'Should Scotland be an independent country?' (Section 2(2)). The vote was scheduled for 19 October 2023 (section 2(4)). Under the Referendums (Scotland) Act 2020, which the bill references in section 3, the voting age was set at 16, as in 2014. At no point did the SIRB specify whether the result would be legally binding on the Scottish public authorities, but Nicola Sturgeon quickly reiterated, as part of a now well-established strategy, that the result would be merely advisory.

The unilateral approach taken by the Scottish Government was not presented as final or definitive. The First Minister was fully aware of the legal risks associated with her initiative. Although drafted and made public, the bill was not immediately introduced in the Scottish Parliament. First, Nicola Sturgeon asked Lord Advocate Dorothy Bain to refer the matter to the UK Supreme Court under paragraph 34 of Schedule 6 of the Scotland

[16] *Scotch Whisky Association & Ors v The Lord Advocate & Anor (Scotland)* [2017] UKSC 76; *A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland's "Scottish Continuity Bill"* [2018] UKSC 64 (in this case, of the most important dealing with devolution issues, see an analysis by M. Elliott and N. Kilford, *Devolution in the Supreme Court: Legislative Supremacy, Parliament's 'Unqualified' Power, and 'Modifying' the Scotland Act*, U.K. Const. L. Blog, 15 October 2021, https://ukconstitutionallaw.org/2021/10/15/mark-elliott-and-nicholas-kilford-devolution-in-the-supreme-court-legislative-supremacy-parliaments-unqualified-power-and-modifying-the-scotland-act/ : « The Court's broad reading of section 28(7) confirms (if the *Continuity Bill* case left any room for doubt) that devolved legislatures are constrained not merely by the sovereignty of the UK Parliament but by the more far-reaching, and the imprecise notion that it retains 'unqualified' power»).

[17] *United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill* [2021] UKSC 42; *For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers* [2025] UKSC 16.

[18] *Miller & Anor v Secretary of State for Exiting the European Union* (Rev 3) [2017] UKSC 5, para. 136.

[19] [2022] UKSC 31.

[20] Inspired by the agreement between Labour and the Greens in New Zealand, the *Bute House Agreement* of 31 August 2021 is not a coalition agreement but primarily ensures the allocation of ministerial posts to members of the Scottish Green Party and recognises common policies.

Act 1998. This procedure is rarely used[21] and ultimately did not favour the independence movement.

The Supreme Court's ruling of 23 November 2022, which followed several years of open conflict between the Scottish and British governments, marked a turning point that brought a halt to the SNP's ambitions – especially as the party was also struggling with the wear and tear of long-term power and mounting scandals. On the Conservative side, the situation was equally bleak. The inability to make Brexit a success, the outbreak of the Covid-19 pandemic and the war in Ukraine, combined with Boris Johnson's excesses, significantly weakened the Tory party.

The Labour Party's return to power following the general election of 4 July 2024 (with notable victories in Scottish constituencies) coincided with a marked electoral decline for both nationalists and Conservatives. A period of calmer relations seemed inevitable, especially since Labour had proposed a revival of devolution in its manifesto. After highlighting how the UK Supreme Court's careful and measured judgment represents a constitutional and legal turning point, this paper aims to examine its legal and political aftermath, which centres on the pacification of relations between London and Edinburgh.

2. **The Turning Point of the *Indyref2* case**

Although substantively disapproving of the Scottish Government, the Supreme Court displayed considerable openness in the way it handled the case. Typically, devolution-related competence challenges pit the Scottish Government (represented by the Lord Advocate) against the UK Government (represented by the Advocate General for Scotland). In this instance, however, the Court accepted that the SNP made a written submission, in addition to those of the Lord Advocate, who – despite being a cabinet member – is expected to express a fairly independent point of view.

The Supreme Court's decision to hear the SNP's arguments represented a second setback for the UK Government, which had asked the Justices to declare themselves incompetent to hear the case. The Court rejected that request. Hearings took place over two days before a panel of five Justices[22] – a standard formation that suggests the issues, while significant, were not deemed constitutionally complex. For comparison, the *Miller I and Miller II cases* convened the full bench ('en banc')[23], while other constitutional disputes have required panels of seven Justices.

By granting the Lord Advocate's application, the Supreme Court further broadened the access of devolved authorities to its courtroom. Nothing in the 1998 *Scotland Act* clearly indicated that a Law Officer could refer a matter to the Court at the stage of a bill's mere

[21] *Northern Ireland Act 1998, para.34 of Schedule 10: Reference by the Attorney General of Northern Ireland* [2020] UKSC 2; [2020] *NI 820 and Reference by the Attorney General of Northern Ireland (No. 2)* [2019] UKSC 1; [2020] NI 793). See B. Guastaferro, *Principio autonomistico e rivendicazioni indipendentiste in Italia, Spagna e Regno Unito: il ruolo della giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, p. 413.

[22] Lord Reed, Lady Rose, Lord Lloyd-Jones, Lord Sales and Lord Stephens.

[23] *R (Miller & others) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 *(Miller 1)*; *R (Miller & others) v The Prime Minister*; *Cherry and others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41 *(Miller 2)*.

publication[24]. The unanimous ruling, delivered by a panel presided over by Lord Reed (himself of Scottish origin), thus represents an opening of the courtroom that contributes to the development of constitutional law concerning devolution. However, on substance, the Court's position was strict: devolved authorities were held to lack the power to legislate unilaterally on any process relating to independence – even one that is merely consultative[25].

2.1 References to the UKSC by Law Officers: an understanding approach

The ruling addressed a novel issue concerning the competence of the Court when seized under paragraph 34 of Schedule 6 of the *Scotland Act* (SA) 1998, which provides that «The Lord Advocate, the Attorney General, the Advocate General or the Advocate General for Northern Ireland may refer to the Supreme Court any devolution issue which is not the subject of proceedings». It is worth recalling that this procedure, initiated by the Scottish devolved authorities, is very rarely used and, prior to 2022, had only concerned Northern Ireland[26].

Dorothy Bain argued that the other provisions of the SA – particularly section 33, which states that «The Lord Advocate, the Advocate General, the Attorney General or the Advocate General for Northern Ireland may require any court or tribunal to refer to the Supreme Court any devolution issue which has arisen in proceedings before it to which he is a party» – were dismissed in this case. However, as the legal adviser to the Scottish Government, the Lord Advocate was expected to provide a clear opinion on the proposed bill. Considering that she could not issue such advice and in the absence of any explicit provision in the SA authorising her to refer the matter to the Court at the stage of a bill's publication[27], the wording of section 34 of Schedule 6 seemed to her sufficiently broad to justify such a reference.

The five Justices sided with the Lord Advocate. First, they determined whether the issue fell within one of the legal categories related to devolution, as defined in paragraph 1 of section 6 of the SA. Dorothy Bain invoked subsection (f), which states that a devolution issue may include «any other question about whether a function is exercisable within devolved competence or in or as regards Scotland and any other question arising by virtue of this Act about reserved matters». For Dorothy Bain, the proposed advisory referendum on Scottish independence clearly raised a devolution issue, as it would necessarily lead to

[24] See K. A. Armstrong, *A Matter for Another Day? Will the Supreme Court Accept the Lord Advocate's Independence Referendum Reference?*; *Will the Supreme Court Clear the Way to a Scottish Independence Referendum?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 29 June 2022 and 21 November 2022.

[25] The following analysis in this first part is largely based on points made in one of a paper published in French on the academic website *JP Blog*, while also expanding upon them. (A. Antoine, *Projet de référendum consultatif sur l'indépendance de l'Écosse : fin de partie contentieuse*, *JP Blog*, 28 November 2022).

[26] *Northern Ireland Act 1998, para. 34 of Schedule 10: Reference by the Attorney General of Northern Ireland* [2020] UKSC 2; [2020] *NI 820 and Reference by the Attorney General of Northern Ireland (No. 2)* [2019] UKSC 1; [2020] NI 793).

[27] G. Cowie, *What happens when a devolved bill is referred to the UK Supreme Court?*, House of Commons Library, 4 July 2022, https://commonslibrary.parliament.uk/what-happens-when-a-devolved-bill-is-referred-to-the-uk-supreme-court/.

questions about the division of powers between the UK and Scottish Parliaments. The UK Government's legal counsel raised four objections to the Lord Advocate's reasoning.
Firstly, the legal basis invoked by Dorothy Bain would be inadequate: it would not stem from the Scotland Act ("by virtue of this Act" according to § 1(f) of Schedule 6), but rather from obligations incumbent upon her under the Scottish Ministerial Code (and not explicitly from section 31(1) and (2), which require the promoter of a bill to ensure that it falls within the legislative competence of the Scottish Parliament, under the oversight of the Presiding Officer of the Scottish Parliament[28]). The Court rightly rejected this line of reasoning, as it would ultimately serve to restrict the very function of a Law Officer as legal adviser to the government and would contradict the logic of the Scotland Act[29].
Secondly**,** the Advocate General for the UK Government emphasised the risk of confusion and interference with the procedural legal actions framework, as set out in the Scotland Act. In essence, sections 31 to 33 would be of little value if section 34 of Schedule 6 were interpreted too broadly. This is a strong argument – referred to as the "bifurcation point" in the judgment – that can be persuasive. Indeed, the Court identified it as one of the most compelling aspects of the Advocate General's submissions. The Court adopted a flexible and expansive interpretation of section 34 of Schedule 6, which may be subject to criticism. The Justices themselves acknowledged that the provision in question has its limits. One of the pitfalls of Dorothy Bain's purposive interpretation was that permitting a reference to the Court prior to the formal introduction of a bill before Parliament would raise the question whether that same bill could subsequently be referred again to the Supreme Court under section 33 once it had been introduced. The risk of a dual reference (both before and after the bill's introduction) thus became possible. Furthermore, seeking the Court's opinion prior to the bill being introduced in Parliament would render the role of the Presiding Officer, as outlined in section 31(2) of the Scotland Act, almost redundant.
However, a literal reading of section 34 of Schedule 6 did not explicitly exclude an early reference to the Court within the legislative process[30]. Nor were the five Justices convinced by the argument that the draft at that stage was not a definitive version (on the basis that it had neither been introduced nor examined by Parliament)[31]. The Court did not elaborate further on this point, which is unfortunate. A broad interpretation of the statute favouring an extension of the Court's jurisdiction ultimately prevailed – a fairly classic judicial approach, though it does not preclude the view that the opposite position could also have been tenable.

[28] "(1) A person] in charge of a Bill shall, on or before introduction of the Bill in the Parliament, state that in his view the provisions of the Bill would be within the legislative competence of the Parliament. (2) The Presiding Officer shall, on or before the introduction of a Bill in the Parliament, decide whether or not in his view the provisions of the Bill would be within the legislative competence of the Parliament and state his decision".
[29] Para. 16.
[30] Para. 23 et 24.
[31] Para. 24.

The Advocate General's third objection was more obscure. According to him, the term 'other' used in paragraph 1(f) of Schedule 6 («In this Schedule "devolution issue" means (…) any *other* question about whether a function is exercisable within devolved competence or in or as regards Scotland and any other question arising by virtue of this Act about reserved matters») created ambiguity that could only be resolved by interpreting it as referring to all other 'devolution issues' not explicitly listed from (a) to (e) within this part of the SA. However, the scope of the Scottish Parliament's competence in relation to Westminster's reserved matters is the subject of specific provisions throughout the Scotland Act. Consequently, the term "other" must necessarily refer to issues beyond that scope, making paragraph 1(f) inapplicable in this case (a position supported by several official documents interpreting the Scotland Act). Yet once again, the Supreme Court adopted an expansive reading of (f): the legislature intended to ensure the highest possible degree of legal certainty when a question deals with reserved matters, through a deliberately broad provision that could encompass all potential complexities related to reserved matters – even those not expressly addressed by the Scotland Act (a 'sweeping-up provision')[32].
The Advocate General argued that such a conception was not necessarily justified, as it would serve only to expand the scope of (f) with respect to reserved matters, but not to other aspects of the Scottish Parliament's legislative competence. Paragraph 41 of the decision addressed this concern by concluding that «the lack of tidiness in legislation is not unknown, and the fact that a particular interpretation would have an untidy outcome is not a fatal objection if that construction is nevertheless the most persuasive»[33]. In paragraph 42, the Court added: «all incline us to construe paragraph 1(f) in accordance with the ordinary meaning of the words used, rather than as being concerned only with the non-legislative powers of the Scottish Parliament and with the functions of United Kingdom ministers and cross-border public authorities».
Lastly**,** the Advocate General argued that the Lord Advocate could provide a relevant opinion without needing to refer the matter to the Court, as that is precisely her role. Nothing would have prevented her from concluding, upon the bill's publication, that it encroached upon the competence of the Westminster Parliament. As the Court's judgment demonstrates, this issue was, in the end, not particularly hard to resolve. Nonetheless, it would have been difficult for the Justices to deny jurisdiction, given that they hold the exclusive authority for the authentic interpretation of UK law. This point is not entirely convincing. On the contrary, allowing Law Officers easy access to the Supreme Court raises questions about their very function: why not, then, rely systematically on a mechanism akin to a preliminary reference to the UK's highest court? The risk of overly easy access to the Court, at the expense of the role of Law Officers, was clearly understood by the five Justices, who observed that they are key components of government to ensure compliance with the law, "but they are not infallible[34]". Because of the rule of law, one cannot

[32] Para. 37 et 38.
[33] Para. 41.
[34] Para. 44.

reproach a legal adviser for deferring to the authority of the Supreme Court – something which the Scotland Act expressly provides for in multiple provisions.

Having established its jurisdiction, the Court concluded this crucial part of its decision by stating that such references must remain exceptional, and be reserved to Law Officers who bear the responsibility of determining whether a referral to the Court is appropriate in light of the public interest[35]. The Court then held that it should not decline to examine the substance of the reference by exercising its discretionary power, particularly because it rejected the Advocate General's claim that the question was 'hypothetical, premature, or academic'. According to the Advocate General, the danger lay in the Supreme Court ruling on a bill that was still incomplete (i.e. unexamined by Parliament and not yet subject to any amendments that might arise from parliamentary debate). While the Justices acknowledged that the Inner House of the Court of Session in Scotland might reasonably have reached a contrary conclusion[36], they stressed that the case at hand could not be fully assimilated to the legal scheme applicable to ordinary legislation. In support of this conclusion, the Court advanced six reasons:

- the Lord Advocate was indeed going to give the government a concrete opinion, which made it possible to assert that the question was not purely abstract and academic;
- the most contentious provisions of the bill could be submitted as they stood to the Scottish Parliament if the Court upheld the petition on the merits;
- these provisions were clear enough without needing to refer to the explanatory notes usually attached to any bill;
- the bill was unlikely to be amended during parliamentary debates given its clarity and brevity;
- A later referral based on the legal foundation of Section 33 of the Scotland Act seemed unlikely after the Court's prior intervention;
- The Lord Advocate had acted within the scope of her duties and in the public interest.

Regarding these criteria, the Supreme Court's position appears partially fragile. In a sort of extension of the clear act theory, it drew unequivocal conclusions from a text that had yet to be debated or adopted. This raises the question of whether it is truly within a judge's remit to so easily limit (or even disregard) the potential consequences of parliamentary debate on the text. Moreover, the decision struggles to convincingly demonstrate the absence of a 'frustrating' effect stemming from the Court's admission of the petition, namely the resulting difficulty of resorting to Section 33, given that the Court intervened prior to the bill's formal introduction.

The Justices were undoubtedly swayed by the Lord Advocate's thorough and compelling argument on all these points, presented in the context of a novel petition with little

[35] Para 46.
[36] *Keatings v Advocate General for Scotland* [2021] CSIH 25.

ent in earlier case law[37]. Additionally, rejecting the petition at the jurisdictional stage would have been particularly unsatisfying. The Scottish Government's effort to respect the law and to seek the Court's guidance was ultimately rewarded at the admissibility stage of proceedings.

More prosaically, the Court crafted a broadly accommodating rationale to accept jurisdiction – not only because it paved the way for a new legal route that further reinforces its role within the Scotland Act framework – but also because it likely felt confident about the decision it would ultimately deliver on the substantive issue of the case.

2.2 The incompetence of the Scottish Parliament to unilaterally legislate for a consultative referendum on Scottish independence

The Scotland Act (SA) seemingly provides a clear distribution of powers between the Scottish and UK Parliaments. As is typically the case in decentralised, autonomist, or federal systems, legislation distinguishes between powers explicitly devolved to substate institutions and those reserved exclusively to the state-level institutions. The Holyrood Parliament legislates and the national government adopts secondary legislation for Scotland in areas such as (devolved matters): agriculture, water and forestry management, education, environment, health and social services, housing, public order, organisation of local government, culture, sport, tourism, transport, and economic development. By contrast, it cannot legislate into reserved matters that remain under the authority of Westminster, which include the Civil Service, social security, immigration, defence, financial services and markets, foreign policy, employment, public broadcasting (BBC), fiscal and monetary policy, energy (nuclear, oil, coal, gas, and electricity), consumer law, data protection, the higher Scottish courts, and constitutional and European sources of law (such as the Scotland Act 1998 itself or the Act of Union 1707, for instance). If a matter is not explicitly attributed to either the Scottish or UK level by statute, it falls by default to the latter.

In this case, it must be acknowledged that the outcome of the dispute did not raise major interpretative difficulties with regard to the aforementioned elements[38]. Of the 34 pages of the judgment, only seven are devoted to the substantive issue (five, if one excludes the summary of the parties' arguments). The Justices did not deliver any surprises and, in fact, demonstrated clear consistency with the literal approach to interpreting the SA already evident in their reasoning on the admissibility of the Lord Advocate's petition.

The core question is now well known: does a bill organising a consultative referendum on Scottish independence fall within the scope of reserved matters, as defined in section 29 of the SA? The Supreme Court rejected the interpretative nuances drawn from its earlier case law, which the Lord Advocate relied upon to argue that the link between the referendum (which seeks only to obtain the advisory opinion of the Scottish people) and the reserved matter was too indirect. According to the Court, devolution-related case law cons-

[37] Which explains why earlier case law is scarcely invoked in the first part of the judgment.
[38] See also T. Ghazi, *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under para 34, sch.6 of the Scotland Act 1998*, The Constitution Unit, 5 December 2022, https://consoc.org.uk/reference-by-the-lord-advocate/.

istently shows that a provision need not have a direct or immediate legal effect on a reserved matter to be deemed outside the competence of the Scottish Parliament. In the Court's view, there is no requirement for a test of directness between the content of a bill and a reserved matter. While the provision must have more than a tenuous or merely causal connection with a reserved matter to be considered as encroaching upon Westminster's authority, it does not follow that the link must be direct[39].

Regarding the purpose of the bill, the Court also distances itself from the restrictive analogies put forward by the Lord Advocate concerning section 29(3) of the Scotland Act, which provides that: «for the purposes of this section, the question whether a provision of an Act of the Scottish Parliament relates to a reserved matter is to be determined, subject to subsection (4), by reference to the purpose of the provision, having regard (among other things) to its effect in all the circumstances».

The key issue in the legal debate is the assessment of the effect of legislation 'in all the circumstances' – essentially, regardless of the specific context[40]. According to the Lord Advocate, only a restrictive interpretation of this expression should prevail in order to avoid the conclusion that the referendum bill is unlawful. This allowed her to downplay the scope of the bill, notably by emphasising its purely consultative nature. While understandable, this interpretation was bold. The five Justices did not accept it and reaffirmed the proper method of statutory interpretation. In principle, 'in the context of statutory interpretation, the court is concerned only with the objective meaning of the language used. That requires an intense focus on the words used by the legislature, although other background materials can sometimes be used as an aid to their construction.'[41] Referring to previous cases[42], the Court explained that the purpose must be understood in relation to what motivated the adoption of the legislation, taking into account the context. The legality of a provision's purpose under section 29(3) must be assessed based on its actual effect and understood in a broader sense than that advanced by the Lord Advocate. Once again, the link between the purpose of the law and its consequences on a reserved matter need not be a close one[43].

Having clarified the meaning of section 29(3), the judges applied the analytical framework previously drawn on the *Imperial Tobacco* case[44], which consists of two logical steps. The first was to identify the relevant reserved matters. In the present case, this concerns the union between Scotland and England and the sovereignty of the Westminster Parliament to legislate on that matter. The next step was to determine whether the disputed legislation had, in any way, a link with the reserved matter in question. The core of the Court's

[39] Para. 71-72.
[40] « For the purposes of this section, the question whether a provision of an Act of the Scottish Parliament relates to a reserved matter is to be determined, subject to subsection (4), by reference to the purpose of the provision, having regard (among other things) to its effect in all the circumstances».
[41] Para. 73.
[42] *Re Agricultural Sector (Wales) Bill* [2014] UKSC 43; [2014] 1 WLR 2622 ("Agricultural Bill"); *Martin v Her Majesty's Advocate* [2010] UKSC 10 ; *Imperial Tobacco Ltd v The Lord Advocate (Scotland)* [2012] UKSC 61.
[43] Para. 74.
[44] *Imperial Tobacco Ltd v The Lord Advocate (Scotland)* [2012] UKSC 61.

reasoning is found in paragraphs 78, 79, and 82. First, the Justices emphasised that the Scottish Government's proposal could not be reduced to the mere organisation of a consultation comparable to a public inquiry or an opinion poll. A referendum is indeed «a democratic process conducted in accordance with the law, resulting in the expression of the electorate's view on a specific issue of public policy»[45]. It is provided by statute law in order to define its framework – such as the question, date, electorate, campaign spending, and the official campaign period. From this specific legal framework, the Court then deduced that the proposed referendum would have a significant political impact, even if it did not have immediate legal consequences[46]. This reasoning follows the precedent set in *Miller (No. 1)*, in which the Supreme Court highlighted a parliamentary report noting the political difficulty for Parliament in ignoring the outcome of a referendum[47]. In this regard, the five judges pointed out a contradiction in the analysis put forward by the Scottish Government and the Lord Advocate: it is difficult to argue that the referendum reflects a matter of significant public interest for the entire United Kingdom while simultaneously claiming that it is, in essence, a large-scale opinion poll – thus justifying the dismissal of any direct connection with the reserved matter of the union between Scotland and England[48]. Ultimately, the Court held that the proposed referendum would have major political resonance, which could not be ignored – and was even intended by the Scottish Government. It concluded that the objectives pursued by the devolved authorities would have direct consequences on the union. The mere fact that the legal effect of the referendum result would not be immediate, were it to be held, is not sufficient to exclude such consequences. Whatever form an independence referendum may take – binding or consultative - its political significance determines its legal reach: it will inevitably have repercussions on the union, thereby falling within the exclusive competence of Westminster or requiring an agreement between the two governments in order to be lawfully held.

The Court's reasoning contained one final series of arguments, although these did not directly concern the submissions made by the Lord Advocate. More specifically, they related to the Scottish Government's invocation of the right of peoples to self-determination[49]. While not entirely ruling out the possibility of advancing such a right, the Court held that it "is simply not in play here". Drawing on the interpretation given by the Supreme Court of Canada in relation to the French-speaking province of Quebec[50], and supplemented by the UK's position during the International Court of Justice's advisory opinion on

[45] Para. 78.
[46] Para. 79.
[47] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, para. 125.
[48] Para 80.
[49] General Assembly Resolution 1514 of December 1960, para. 2; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966); International Covenant on Civil and Political Rights (1966).
[50] *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217.
[51] 22 July 2010, *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo* (Request for Advisory Opinion).

tions that are fundamentally colonial or involve foreign occupation, which implied that a people is subject to subjugation by a state[52]. It cannot be used to undermine the territorial integrity of nation-states, which remains a foundational principle of interstate relations and is likewise recognised under international law.

The Court concluded unequivocally that the Scottish people cannot claim to be in a situation comparable to that of oppressed peoples within the meaning of international law. Referring to the criteria established in Canadian jurisprudence, the Court held that «the relevant point is (…) the absence of recognition of any such right outside the contexts described by the Supreme Court of Canada, none of which applies to Scotland»[53]. That said, the Court arguably dismissed a little too swiftly the issue of compatibility between international law and constitutional law, especially given that the right to self-determination is not as clear-cut in interpretation as the judgment might suggest. Relying solely on the jurisprudence of a foreign supreme court and a British submission to an ICJ hearing seems relatively terse in light of the stakes involved and the subjective dimension of perceived oppression. The Scottish people, for example, could very well have felt that Brexit, and the way negotiations were handled in disregard of the Sewel Convention or the principle of subsidiarity (cited by the Court as one of the underlying logics of devolution law), amounted to a form of oppression. The very act of a central government opposing a non-binding consultation of a population on its future could itself be seen as an indicator of oppression. Each of these considerations may not be fully persuasive, as they would open the door to extensive secessionist claims, but they nonetheless suggest that a deeper examination by the Court would not have been superfluous. It might have helped to clarify, beyond Canadian jurisprudence rendered in a different context, a legal analysis specific to the historically shaped relationship between Scotland and the Union – one further characterised by distinct legal traditions[54]. This aspect of the ruling ultimately stands out as a regrettable missed opportunity[55].

The judgment was undoubtedly a difficult moment for Nicola Sturgeon. Welcoming in tone but uncompromising in substance, it left little room for challenge under the prevailing legal framework[56], which remains dominated by a unionist logic[57], the ambiguity sur-

[52] Para. 89.
[53] *Ibid.* Finally, the Court adds that "*nothing in the allocation of powers, however widely or narrowly interpreted, infringes any principle of self-determination*" (para. 90).
[54] See A. Sanger, A. L. Young, *An involuntary union? Supreme Court rejects Scotland's claim for unilateral referendum on independence*, in *Cambridge Law Journal*, 2023, n° 82(1), p. 1.
[55] L. Raible, *Self-determination at the UK Supreme Court and the failure of international law*, in *Edin. L.R.*, 2023, n° 27(2), p. 219.
[56] Lord Hope, *Politicians may not like it, but the ruling is right*, in *The Times*, 24 November 2022; D. A. Green, *Ruling against Scottish independence vote throws ball back in political arena*, in *Financial Times*, 23 November 2022. For a selected legal reactions, see D. Torrence, *Scottish Referendum: Legal issues*, House of Commons Library, Research briefing n° CBP9104, p. 110.
[57] By making the Union a matter reserved to Westminster, the Scotland Act indirectly denies the Scottish people the freedom to choose, independently of the consent of the UK authorities (see G. Davies, *The UK Supreme Court and devolution: guardian of the passive revolution?*, in *Public Law*, 2025, p. 68).

entary sovereignty, which pays scant regard to the Scottish people's attachment to popular sovereignty[58].

Nicola Sturgeon stated that she respected the Court's decision and understood that a new referendum could only be held through strong political pressure, forcing the central government to replicate the process followed in 2012–2014. She thus promised that the next UK general election would, from the Scottish side, be entirely focused on the issue of independence[59]. However, this ambition was soon undermined by a series of unfavourable events for the SNP. Combined with the troubles facing the British Conservatives, an easing of tensions in the relationship between London and Edinburgh has emerged.

3. Towards a pacification of relations between Edinburgh and London: legal and political dimensions

Following the Supreme Court's decision, a series of setbacks struck the Scottish side. Just weeks after this resounding legal defeat, Nicola Sturgeon's government faced a veto from the UK Government under Section 35 of the *Scotland Act*, blocking the implementation of a gender recognition reform bill. This veto triggered a new legal dispute, once again unfavourable to the devolved authorities. The legal blow coincided with a period of significant political turbulence for the SNP. Caught in several scandals and worn down by years in power, Nicola Sturgeon resigned from her position as First Minister in March 2023. Her departure ushered in a difficult succession process, marked by several electoral setbacks – most notably in the 2024 general election. The weakening of the nationalist party was not the only major political development to alter the dynamic between London and Edinburgh. The Conservative Party's electoral collapse in the general election paved the way for a return to power for the Labour Party, heralding a more conciliatory and open approach towards the devolved administrations.

1. The Weakening of the SNP.

3.1.1. A new legal battle.

The Scottish National Party's political ideology is not limited to its ambition of achieving Scottish independence. On economic and social issues, the party tends to position itself on the centre-left. It maintains a progressive agenda, particularly committed to minority rights. This is especially evident in its approach to LGBTQ+ issues, an area that has historically given rise to landmark legal disputes in the United Kingdom. Following the *Goodwin* judgment of the European Court of Human Rights in 2002 (which found the UK in violation of Articles 8 and 12 of the Convention)[60], the UK Parliament enacted the Gender Recognition Act 2004 (GRA). Over time, however, this legislation came under criticism, most notably from the European Commission, which deemed the GRA excess-

[58] N. Gillibrand, S. Banerjee, E. Carolan, *Cracks in the foundations? Exploring the tension between constitutional tradition and constitutional culture in the UK on Referendums and Scottish Independence*, in *Public Law*, 2023, p. 587.
[59] L. Brooks, B. Quinn, *Supreme court rules against Scottish parliament holding new independence referendum*, in *The Guardian*, 23 November 2022.
[60] Christine Goodwin v United Kingdom, n° 28957/95.

ively bureaucratic and intrusive[61]. Despite these critics, the Conservative government announced in 2020 that it would not amend the legislation. Meanwhile, invoking devolved competence and fulfilling a 2016 electoral promise, the Scottish Government initiated a process to reform the legal framework governing transgender individuals in Scotland. Following the 2022 elections, the SNP-Greens coalition agreed to introduce a Gender Recognition Reform Bill.

During parliamentary debates, the bill encountered opposition, particularly from a few women's rights organisations. These groups expressed concern that the simplified legal procedure for gender recognition could be exploited by men seeking to harm women. In other words, the new Scottish legislative framework was seen as potentially threatening to women's safety, especially in light of the disturbing case of Isla Bryson, a transgender woman convicted of rape prior to completing her transition (a case that appeared to validate those fears)[62]. For their part, the Conservative Party remained firmly opposed to what they saw as an overly fluid approach to gender identity, one they associated with so-called woke ideologies, which they openly criticised. Despite the controversy, the bill was passed by the Scottish Parliament with a comfortable majority at the end of December 2022.

3.1.2. Evolution of political landscape

The UK Government made unprecedented use of section 35(b) of the SA, which states: 'If a Bill contains provisions which make modifications of the law as it applies to reserved matters and which the Secretary of State has reasonable grounds to believe would have an adverse effect on the operation of the law as it applies to reserved matters, he may make an order prohibiting the Presiding Officer from submitting the Bill for Royal Assent.'[63] For the Secretary of State for Scotland, Alister Jack, the Scottish legislation was incompatible with the Equality Act 2010. Matters related to the treatment of individuals under the principle of equality fall within Westminster's reserved powers, ensuring uniform application of the principle throughout the UK. This marked the first time the central government's veto had ever been exercised.

The devolved Scottish Government's Cabinet Secretary for Social Justice brought a judicial review against the order issued by the Secretary of State for Scotland. The Scottish Government challenged the lawfulness of the veto on the grounds of legal error, irrationality, irrelevant considerations, and insufficient reasoning. The Outer House of the Court of Session rejected the petition at the end of 2023[64]. Lord Haldane's conclusions

[61] Directorate-General for Justice and Consumers, *Legal gender recognition in the EU The journeys of trans people towards full equality*, European Commission, June 2020, 263 p.
[62] L. Bews, *Isla Bryson: Transgender rapist jailed for eight years*, *BBC News*, 28 February 2023.
[63] See D. Torrence, « Section 35 of the Scotland Act and vetoing devolved legislation », House of Commons Library, Insight, 16 January 2023.
[64] *Gender Recognition Reform (Scotland) Bill - Re Scottish Minister's Petition* [2023] CSOH 89.

were widely discussed, suggesting an appeal might have been justified[65]. Nevertheless, the Scottish Government chose not to appeal, preferring to wait for a potentially more conciliatory and tolerant government in London. The bill was not formally withdrawn at first, but as the issue stagnated, John Swinney, who succeeded Humza Yousaf as First Minister, formally withdrew the text in May 2024. He claimed that the courts, including the UK Supreme Court (though it never ruled directly on this case), had opposed Holyrood's competence to legislate in this area. The departure of the Conservatives from government changed little. The Labour Party had announced that it would not reverse the use of section 35(b) of the SA. As for the Supreme Court, even though it did not rule on the legality of the veto itself, it added another judicial defeat to the SNP's record by ruling in favour of a biological definition of 'woman' under the Equality Act 2010[66], contrary to what Scottish legislation had envisaged[67].

The UK Government's unprecedented veto against a key piece of legislation tied to the SNP-Green *Bute House Agreement* destabilised Nicola Sturgeon. At the same time, the SNP's finances were under criminal investigation (Operation Branchform), which soon implicated the First Minister in her capacity as party leader and due to her close ties to Peter Murrell, her ex-husband and the main suspect. This affair came a few years after the sexual harassment scandal involving former SNP leader Alex Salmond and, indirectly, Nicola Sturgeon, who was at times accused of not having done enough to hold him accountable[68]. Weakened by rumours about her private life, worn down by legal defeats, politically diminished, and under threat of legal proceedings, Nicola Sturgeon announced her resignation on 15 February 2023.

Her resignation triggered unprecedented political instability within the SNP. The leadership campaign saw some candidates questioning the *Bute House Agreement*. In the end, Humza Yousaf, a close ally of Nicola Sturgeon and then Health Secretary, won the con-

---

[65] See P. Daly, *The Section 35 Order was Lawful After All: Re Scottish Ministers' Petition 2023 CSOH 89*, in *Administrative Law Matters*, 8 December 2023; M. Foran, *Section 35 and the Separation of Powers: On the Role of Unwritten Constitutional Principles in the Interpretation of the Scotland Act*, in *U.K. Const. L. Blog*, 13 December 2023; P. Sandro, *Devolution and the Phantom Menace: An alternative view on the appropriate intensity of judicial scrutiny of the s. 35 Scotland Act 1998 order*, in *U.K. Const. L. Blog*, 20 December 2023; A. Deb, *Ouroboric devolution: In Re Scottish Ministers' Petition*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2024, n° 75(4), p. 790.

[66] *For Women Scotland Ltd v The Scottish Ministers*, préc.

[67] The Gender Representation on Public Boards (Scotland) Act 2018 introduced provisions for positive action in favour of women in the composition of public authority boards in Scotland. Section 2 of the Act included individuals who were born male but identify as female, live as women, and have undergone, are undergoing, or are about to undergo gender reassignment surgery. This provision was challenged in the Scottish Court of Session in *For Women Scotland Ltd v Lord Advocate* [2022] SC 150, where the court ruled that it exceeded the devolved powers of the Scottish authorities. In response to that decision, the Scottish Government issued statutory guidance allowing for the possibility of obtaining an administrative certificate attesting to a person's gender on the basis of the Gender Recognition Act 2004, including for individuals in transition. The government argued that, since the Equality Act 2010 does not define the term "woman," it retained a degree of discretion in applying the 2004 Act. This guidance became the subject of the legal challenge that was ultimately resolved by the UK Supreme Court.

[68] J. Phillips, *The SNP mess has left me flabbergasted. What kind of message does it send?*, in *The Independent*, 6 March 2021.

ration with the Greens, he ended the partnership following several disputes over environmental policy. A no-confidence motion was subsequently filed, which the Greens supported. The outcome hinged on the vote of an MSP from the Alba Party, but Yousaf's indecisiveness prevented him from securing the necessary assurances. He announced his resignation on 29 April 2024. The no-confidence vote ultimately went in favour of the government, likely because of Yousaf's early resignation. John Swinney, a former SNP leader and long-serving Deputy First Minister, took over both the party and government leadership. His primary objective was to de-escalate political tensions by defusing sensitive issues (such as the *Gender Recognition Reform Bill*) and taking a cautious approach to the potential organisation of a second independence referendum.

Repeated scandals, legal defeats, and leadership resignations have seriously weakened the SNP. Despite decent results in the 2022 local elections, the 4 July 2024 general election resulted in a significant decline in popular support for the party. It marked a sharp halt to the string of successes enjoyed by the SNP since 2007. With the loss of 39 out of 48 seats, the SNP was overtaken by Labour as Scotland's leading party and is now only the fourth-largest political force in the Westminster Parliament. Since the political crisis of 2023 and the electoral collapse of 2024, the promise of an independence referendum has lost the centrality it once had under Alex Salmond and Nicola Sturgeon. Support for an independent Scotland has rarely reached majority levels in recent months, although public opinion polls have fluctuated considerably depending on the popularity of decisions taken by the UK Government[69]. The devolved parliamentary elections set for spring 2026 are expected to be highly uncertain, especially as the far-right Reform UK party may benefit from both the SNP's decline and public dissatisfaction with Labour. Nevertheless, Labour has re-established strong channels of dialogue with the devolved administrations.

2. **Restoring the dialogue between the UK and Scottish Governments**

As with its position on the European Union, Labour called in its manifesto for a «reset [of] the UK government's relationship with devolved governments in Scotland, Wales, and Northern Ireland»[70]. Beyond these three nations, specific commitments were also made to decentralise power in England[71]. In the King's Speech on 17 July 2024, the new government reaffirmed its intention to «strengthen its work with the devolved governments in Scotland, Wales and Northern Ireland so that the best outcomes possible are delivered for citizens across the United Kingdom»[72].

Among the key proposals of the 2024 campaign was the creation of a 'new council of the nations and regions', bringing together the heads of the UK and devolved governments as well as combined authority mayors, a central element of Labour's devolution strategy. A

[69] https://en.wikipedia.org/wiki/Opinion_polling_on_Scottish_independence.
[70] Labour Party, *Change: Labour Party Manifesto 2024*, 13 June 2024, https://labour.org.uk/wp-content/uploads/2024/06/Labour-Party-manifesto-2024.pdf.
[71] UK Government, *English Devolution White Paper*, 16 December 2024, https://www.gov.uk/government/publications/english-devolution-white-paper-power-and-partnership-foundations-for-growth/english-devolution-white-paper.
[72] https://www.gov.uk/government/speeches/the-kings-speech-2024.

second major commitment concerned the Sewel Convention, which had frequently come under attack during the Conservative years. As a reminder, this political convention holds that, conventionally, the UK Parliament will not legislate on devolved matters without the consent of the relevant devolved legislature[73]. To reinforce this principle, Labour proposed replacing the current *Memorandum of Understanding (MoU)* with a new one. The intention to reboot devolution, particularly with Scotland, was clear after years of conflict fuelled by Brexit and judicial battles[74].

On the first point, concerning institutional reform, the Labour Government acted swiftly to strengthen the effectiveness of the *three-tier intergovernmental relations (IGR)* structure introduced in January 2022. The IGR was designed to provide «a positive basis for productive relations» and to support «ambitious and effective intergovernmental collaboration». Several IGR meetings were held, but many key issues remained outside its remit[75]. Notably, the dispute resolution process built into the IGR has never been activated[76]. This limited usefulness justified the need to go further[77].

The newly proposed Council is «designed to facilitate partnership working between the UK Government, Devolved Governments, the Mayor of London, and Mayors of Combined Authorities and Mayors of Combined County Authorities. It will be a central driving forum that brings together governments and authorities with devolved responsibilities to determine actions for tackling some of the biggest and most cross-cutting challenges the country faces, on a structured and sustained basis». According to the government's official website, the Council's objectives are to:

- Provide regular, sustained engagement to ensure that governments and authorities with devolved responsibilities work together to deliver on people's priorities across the UK, ensuring the voices of the nations and regions are brought to bear on national issues;
- Facilitate collaboration and consider shared opportunities for cross-cutting challenges, identifying barriers that can be unblocked;
- Share lessons and best practices on approaches being taken across the UK[78].

---

[73] For an overview of the 2019-2024 Parliament, see B. Allen, G. Byrne, A. Paun, *The Sewel convention in practice. Five case studies from the 2019-2024 Parliament*, Institute for Government, 2024, 11 p.

[74] M. Russell, H. White, L. James, *Rebuilding and renewing the constitution: Options for reform*, in *Institute for Government and UCL Constitution Unit*, July 2023, https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution_unit/files/rebuilding-and-renewing-the-constitution_1.pdf; Institute for Government, *The precarious state of the state: Devolution*, 7 June 2024, https://www.instituteforgovernment.org.uk/publication/general-election-2024-precarious-state/devolution.

[75] A. Cooke, *Two years on, has the review of intergovernmental relations led to "ambitious and effective working"?*, Senedd Research, 1 February 2024, https://research.senedd.wales/research-articles/two-years-on-has-the-review-of-intergovernmental-relations-led-to-ambitious-and-effective-working/.

[76] N. Newson, *Intergovernmental relations within the UK*, House of Lords Library, 10 January 2024, https://lordslibrary.parliament.uk/intergovernmental-relations-within-the-uk/.

[77] D. Torrence, *Council of the Nations and Regions*, House of Commons Library, 12 September 2024, https://commonslibrary.parliament.uk/council-of-the-nations-and-regions/.

[78] https://www.gov.uk/government/publications/council-of-the-nations-and-regions-terms-of-reference/council-of-the-nations-and-regions-terms-of-reference.

The first meeting took place at the end of 2024 in a positive atmosphere. However, it has yet to yield concrete results. Its added value remains uncertain, and its interaction with the IGR structure is still unclear[79].

A similar conclusion applies to the government's clarifications regarding the Sewel Convention. More broadly, issues related to the distribution of powers have not led to any reflection on potential additional transfers to Edinburgh. As for the possibility of launching a new citizen consultation on Scottish independence, Keir Starmer has ruled it out[80].

Ultimately, the Labour Government's positioning appears primarily political, lacking real legal implementation. The role of devolved authorities within the central institutions remains limited, contrary to what might have been expected from the Brown Commission (which heavily influenced Labour's 2024 manifesto)[81]. That report had advocated for a sweeping reform of the House of Lords to ensure territorial representation. Although the Prime Minister reaffirmed his commitment to long-term reform of the second chamber, the first legislative step merely removed the remaining hereditary peers[82]. While this is unquestionably a democratic advance, the reform of the House of Lords into a possible assembly of the nations and regions remains a distant prospect. As a result, the SNP, despite its significant role within the British constitutional landscape, remains misrepresented in the House of Lords. The pragmatic approach to relations with devolved governments seems to be reaching its limits. A conclusion already drawn in the context of Northern Ireland may now equally apply to the future of Scotland and the union as a whole[83].

[79] See Hansard, vol. 844, 11 March 2025, col. 580-582.
[80] *Starmer rules out Scottish independence referendum and gender reform*, in *The Times*, 21 June 2024.
[81] Labour Party, *A New Britain: Renewing our Democracy and Rebuilding our Economy Report of the Commission on the UK's Future*, December 2022.
[82] House of Lords (Hereditary Peers) Act 2025.
[83] See M. Keating, *State and Nation in the United Kingdom. The Fractured Union*, Oxford, Oxford University Press, 2021; Di Cui in D. Wincott, C.R.G. Murray, G. Davies, *The Anglo-British Imaginary and the Rebuilding of the UK's Territorial Constitution after Brexit: Unitary State or Union State?*, in *Territory, Politics, Governance*, 2022, p. 696; P. Martino, *Sovranità e Territorial Constitution nel Regno Unito*, in *Costituzionalismo britannico e irlandese*, 2024, n° 1, p. 42.

numero 1/2025

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-DD7

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

A voluntary union? The aftermath of the 2014 vote and the establishement of a clear pathway for second Scottish Indipendence Referendum

Elisenda Casanas Adam
Lecturer in Public Law and Human Rights, University of Edinburgh

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

A voluntary union? The aftermath of the 2014 vote and the establishement of a clear pathway for second Scottish Indipendence Referendum**

di Elisenda Casanas Adam*

Abstract (Ita): Il referendum indipendentista celebrato in Scozia nel 2014, se considerato nella sua qualità di modello negoziale, deliberativo e attuativo inerente a una questione di pregnante connotazione costituzionale, è stato salutato come un'espressione di democrazia che ha consegnato una risposta paradigmatica, prodotta da una democrazia liberale, nei confronti di un'impegnativa richiesta di autogoverno proveniente da una singola area substatale. Se considerato sotto diversi profili, questo modo di procedere è stato il riflesso del peculiare assetto costituzionale del Regno Unito e del suo stesso sistema politico dove storicamente la configurazione unitaria della statualità e il pluralismo delle nazionalità sono generalmente riconosciuti e accettati. Comunque, principale conseguenza del referendum del 2014 è avere radicalmente trasformato l'approccio del Governo britannico alla tematica emersa dal voto scozzese, giungendo fino al punto di rifiutare, nonostante l'emersione di una forte maggioranza indipendentista nel Parlamento di Holyrood, qualunque concessione all'eventualità di un secondo referendum. In tale nuovo contesto, al Governo scozzese è stata sottratta la capacità di cogliere qualsiasi opportunità che, nella mancanza di ogni orientamento concreto, possa aprire il passaggio verso una soluzione indipendentista favorita dal verificarsi di nuove circostanze politiche o agevolata dall'aprirsi di un diverso percorso costituzionale. Con queste riflessioni sul tema "The Independence Referendum: A missed opportunity for Scottish Separatism?", l'articolo pone in rilievo l'unicità del sistema costituzionale del Regno Unito che nel 2014 ha agevolato l'indizione del referendum, ma al contempo ha prodotto l'attuale stallo. Infine, suo scopo è analizzare a quali condizioni si possa aprire un percorso più coerente che nel futuro renda possibile in Scozia un secondo referendum

Abstract (Eng): The Scottish Independence referendum of 2014 was hailed as a model exercise of democratic negotiation, deliberation and decision-making and is comparatively considered a paradigmatic example of a response by a liberal democratic state to a sub-state request for independence. In many ways, this process was a reflection of the UK's unique constitutional framework and political context, where historically both the union nature of the state and its multinational reality were generally openly recognised and accepted. However, the aftermath of the 2014 referendum led to a shift in the approach of the UK Government to these questions, and it has therefore refused to follow its previous practice or engage with requests for a second referendum, despite the consistent pro-independence majority in the Scottish Parliament. This new context has left the Scottish Government with no available options to pursue and no clarity regarding what circumstances or procedure may enable such a referendum to go ahead in the future. As part of this set of reflections on "The Independence Referendum: A missed opportunity for Scottish Separatism?", this article considers the uniqueness of the UK's constitutional framework, which both facilitated the 2014 vote but at the same time has led to the current stalemate, and analyses how it can facilitate the establishment of a clear pathway to a second Scottish referendum in the future.

Parole chiave: Indipendenza; referendum; devoluzione; stato unitario; stato plurinazionale

Keywords: Independence; referendum; devolution; union state; multinational state. TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. The UK's unique constitutional and political context; 3. The Edinburgh Agreement and the 2014 referendum; 4. The aftermath of the 2014 referendum and the shift in the Uk Government's approach; 5. The Scottish Government's strategy post 2014 and the 2021 Referendum

Sommario: 8. Concluding comments

1. Introduction

** This contribution has undergone a double-blind peer review process.

* Lecturer in Public Law and Human Rights, University of Edinburgh

The Scottish Independence referendum of 2014 was hailed as a model exercise of democratic negotiation, deliberation and decision-making and is comparatively considered a paradigmatic example of a response by a liberal democratic state to a sub-state request for independence[1]. In many ways, this process was a reflection of the UK's unique constitutional and political context, where historically both the union nature of the state and its multinational reality were generally openly recognised and accepted. Yet eight years later, a request for a second referendum by the Scottish institutions, including the drafting of a "Referendum Bill" received little acknowledgment from the UK Government or the UK Supreme Court, in a decision that left the Scottish institutions with few options to enable the referendum to go ahead. These developments were largely the result of a shift in attitude by the UK Government regarding the issue of Scottish independence after the 2014 vote, but as interpreted in this new context, the constitutional framework did not provide the mechanisms to effectively overcome the resulting impasse. Despite the UK being understood as a voluntary union, there is currently a lack of legal certainty regarding both the circumstances or requirements which could lead to a second referendum being held, even in the case of sustained democratic support for a second vote, and it appears that the decision is left to the discretion of the UK Government.

As part of this set of reflections on "The Independence Referendum: A missed opportunity for Scottish Separatism?", this article considers the uniqueness of the UK's constitutional framework, which both facilitated the 2014 vote but at the same time has led to the current stalemate, and analyses how it can facilitate the establishment of a clear pathway to a second Scottish referendum in the future. For this, it begins by setting out the most distinctive aspects of the UK's constitutional framework, and how it facilitated the process leading up to the Edinburgh Agreement and Scotland's 2014 independence referendum, which has been internationally recognised as a model of best practice. It then considers the UK Government's shift in its approach to these questions following the 2014 vote, and how this determined both the Scottish Government's strategy in aiming to hold a second independence referendum, and the responses of the UK Government itself and the courts. The final section analyses the consequences of this new approach and how best to establish a legal pathway for a second independence referendum in Scotland.

2. **The UK's unique constitutional and political context**

The UK constitutional framework presents a series of distinctive features that have conditioned both the approaches to, and responses of, both the Scottish and UK institutions in the context of successive requests for Scotland to be able to decide its own future[2]. These features considered will be the multinational union state, the voluntary union, the political

[1] F. PALERMO, *Towards a Comparative Constitutional Law of Secession*, in G. DELLEDONNE, G. MARTINICO (eds), *The Canadian Contribution to a Comparative Law of Secession: Legacies of the Quebec Secession Reference*, Palgrave, 2019 and S.TIERNEY, *The Scottish Independence Referendum: A Model of Good Practice in Direct Democracy?*, in A. MCHARG, T. MULLEN, A. PAGE and N. WALKER (eds) *The Scottish Independence Referendum: Constitutional and Political Implications*, OUP, 2016.

[2] On the UK and Scottish Constitutions more generally, see N. BARBER, *The United Kingdom Constitution*, Oxford, OUP, 2021 and C. HIMSWORTH, C. O'NEILL, *Scotland's Constitution: Law and Practice*, Edinburgh, Bloomsbury, 4th Ed, 2021.

constitution and Parliamentary Sovereignty, and the 1998 devolution settlement and the Scotland Act 1998.

The United Kingdom is a multinational state with four distinct territorial units: Scotland, England, Northern Ireland and Wales. When considering the territorial organisation of the state, the UK is at the same time viewed as a unitary state, a union state, since devolution in 1998 a quasi-federal state, or more generally as a «State of unions»[3]. This reflects both different understandings of the development of the UK's unique constitutional history and of the articulation of the current framework which holds together its four distinct constituent territories. In this sense, Scotland, Wales and Northern Ireland all have a different relationship with the larger English centre, which is a result of their own distinct historical process of integration into the wider UK State. In the case of Scotland, this was based on the political Union of the historical Parliaments of Scotland and England in 1707, and therefore not on conquest or assimilation, which was formalised in a Treaty of Union[4]. Specifically, this treaty was designed to provide for the protection and continuation of certain Scottish institutions and laws, when joining the larger English entity. Among these, most notably, were Scotland's independent legal system, including its courts and judges, and certain parts of its laws, which have remained as such to this date[5].

In the Scottish context, therefore, the idea of a multinational union was at the centre of the UK constitutional framework that predated the devolution settlement in 1998, and provides a broader set of constitutional principles that can inform the interpretation of its provisions, and contribute to the resolution of conflicts arising in relation to its content, extension and limits. In this sense, and as will be explained below, devolution to Scotland was designed to provide an institutional recognition to this broader multinational Union framework, creating a new Scottish Parliament to give a distinct voice to the Scottish people, and to enable Scotland to create and develop its own laws and institutions.

While not specifically recognised in the constitutional framework, the understanding that Scotland voluntarily entered into a Union with England and the rest of the UK ("voluntary Union") also entailed the idea that Scotland could decide to leave the Union and become independent if a majority of the Scottish People decided to do so. As Torrance notes, there developed a consensus that Scottish independence should take place if a majority of Scottish MPs committed to independence were returned in a UK general election[6]. For example, this appeared to be accepted by successive Conservative UK Prime Ministers, with Margaret Thatcher stating specifically in her memoirs that «as a nation, the [the Scots] have a right to self-determination; thus far they have exercised that right by

[3] S. TIERNEY, *Constitutional Law and National* Pluralism, Oxford, OUP, 2005 and M. KEATING, *State and Union in the United Kingdom: The Fractured Union,* Oxford, OUP, 2021.

[4] This Treaty was in turn ratified via legislation by both sovereign parliaments in the Act of Union with England 1707 and Act of Union with Scotland 1707, respectively. See C.A. WHATLEY, *The Scots and the Union,* Edinburgh, Edinburgh University Press, 2006. On the consensual nature of the Union from a Scottish perspective, see also ID, *Bought and Sold for English Gold?: Explaining the Union of 1707*, Edinburgh, Tuckwell Press, 2001.

[5] Treaty of Union between England and Scotland 1707, Art. 19.

[6] D. TORRANCE, *Scottish Independence Referendum: Legal Issues, Commons Library Research Briefing*, 18 September 2024.

joining and remaining in the Union. Should they determine on independence no English party or politician would stand in their way [...]»[7]. This recognition and acceptance was a reflection of the Union / multinational constitutional framework considered above, but was also fundamental to it in the context of a political constitution, where these principles were not enshrined or protected in an overarching constitutional document.

This understanding of the UK's plural constitutional framework is also reflected at the Scottish level in the process that led to the devolution settlements and to the creation of a Scottish Parliament. In this sense, it can be seen in the growing electoral success of the Scottish National Party in the 1960s, arguing that the Scottish People were sovereign and could exercise self-determination to achieve independence, and in the "Claim of Right for Scotland" in 1988, which advocated for the establishment of a constitutional convention to provide for a scheme of devolution[8]. While the recognition of the «sovereign right of the Scottish people» did not appear in the document itself, it did feature in a declaration signed at the first meeting of the Convention, which was signed by most Labour and Liberal Democrat MPs in Scotland[9]. It is generally recognised that this was a political rather than a justiciable claim to the sovereignty of the Scottish people, yet it still reflects the general understanding of the overall framework.

A second unique aspect of the UK constitution is that it is in many dimensions a political constitution, based on the central principle of the Sovereignty of the Westminster Parliament[10]. There is therefore no written constitutional text that has primacy over other norms and is binding on all institutions of government, but rather, the constitution is made up of a series of historical documents, legal principles, conventions or practices, and laws, which, in principle, can all be amended by an Act of the UK Parliament. For the questions considered in this article, there are no general constitutional provisions that could be argued prohibit or impede the holding of a sub-state referendum or a sub-state secession process in the UK and, analogously, these are not matters that could be brought before a court to ensure compliance with the overarching constitution. In this way, the focus is very much on the Westminster Parliament. When coupled with the recognition of the Union State and the idea of the voluntary Union, the flexibility provided by the unwritten constitution and the principle of parliamentary sovereignty has facilitated both the discussion of, and avenues for, an independence referendum.

The third distinctive feature of the UK constitutional is the process of devolution in Scotland, Wales and Northern Ireland in 1998, leading to the enactment of the Scotland Act 1998, the Government of Wales Act 1998, and the Northern Ireland Act 1998, ratified by the corresponding electorates in each territory via referendum[11]. Each of the three

[7] D. TORRANCE, *op. cit.*, p. 14.
[8] M. THATCHER, *The Downing Street Years*, London, HarperCollins, 1993, p. 624.
[9] Commons Library research briefing, Claim of Right for Scotland, 8 July 2018.
[10] N. BARBER, *op. cit.* and M. ELLIOTT, R. THOMAS, *Public Law,* Oxford, Oxford University Press, 2020, 4th Edition.
[11] On devolution, see M. ELLIOTT, R. THOMAS, *op. cit.*, pp. 313-355 and a. McHARG, *Unity and Diversity in the United Kingdom's Territorial Constitution,* in M. ELLIOTT, J. VARUHAS and S. WILSON STARK (eds.), *The Unity of Public Law? Doctrinal, Theoretical and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, 2018, pp. 279-300.

devolution settlements created a devolved parliament or assembly with a distinct scope of powers. The flexibility of the UK's unwritten constitutional framework allowed for the creation of asymmetrical devolved systems, where each devolved settlement was distinct in response to the perceived demands or preferences of the citizens of each territory. In the case of Scotland, the Scotland Act 1998 created a democratically elected devolved parliament with ample legislative competences, that extended to all matters not reserved to the Westminster Parliament in the Act itself[12]. This flexibility has also allowed for the different devolution settlements to be subsequently reformed, leading to the amendment of key aspects of each settlement and to the transfer of further competences to the devolved parliaments[13].

In contrast to the broader political constitution, however, each of the devolution Acts establishes a binding written legal framework which sets limits to the competences of the devolved parliaments and which can be policed by the courts. In the case of Scotland, the Scotland Act 1998 provides specifically that Acts outwith the competence of the Scottish Parliament are «not law», and can be challenged and struck out by the courts via the «devolution issues procedure»[14]. Notably, and in order to ensure compliance with the overarching principle of parliamentary sovereignty, the Scotland Act 1998 also provides that the devolution settlement does not affect the power of Westminster to legislate for Scotland in devolved areas[15]. As a result, Westminster can still legislate in these areas and this cannot be challenged before the courts by the Scottish institutions. Their only protection is the Sewel Convention, which provides that the UK Parliament will not normally legislate in devolved matters without the consent of the Scottish Parliament. In this way, the Scottish Parliament is in a much more restricted position within the broader constitutional framework than that of Westminster.

Interestingly, the Scotland Act 1998 itself is specifically silent on the question of whether the Scottish Parliament has the competence to legislate for a Scottish independence referendum. While the competence over referendums is not reserved, it was a series of reservations regarding the UK Constitution, namely «the Union» and «the Parliament of the UK», that generated a degree uncertainty in the years leading up to the 2014 referendum[16]. Overall, there was largely an agreement the break-up of the Union would require legislation by the UK Parliament, but there remained a debate regarding whether the Scottish Parliament could legislate for a consultative referendum on Scottish independence, and on how the reserved provisions should be interpreted in this context[17]. This uncertainty in the Scottish devolution settlement stood out in contrast with the Northern

[12] Scotland Act 1998, ss. 1, 28 and 29.
[13] For example, the Scotland Act 1998 has been amended in 2012 and 2016, providing further powers and safeguards for the devolved institutions.
[14] Scotland Act 1998, ss 29, 98 and Schedule 6.
[15] Scotland Act 1998, s 28(3).
[16] Scotland Act 1998, Schedule 5, Reserved Matters, Part I, "The Constitution" which includes (b) the Union of the Kingdoms of Scotland and England and (b) the Parliament of the United Kingdom.
[17] Scotland Act 1998, S 29(3) provides that «the question whether a provision of an Act of the Scottish Parliament relates to a reserved matter is to be determined, […] by reference to the purpose of the provision, having regard (among other things) to its effect in all the circumstances».

Irish settlement, where the Northern Ireland Act 1998 includes a specific process for a referendum on Irish unification. In the Northern Irish case, the Northern Ireland Act 1998 compels the Secretary of State to hold such a vote should it appear likely that a majority of its electors would support such a proposition, and also confers on them the power to hold such a referendum at any time[18]. Yet, despite the silence of the Scotland Act 1998 and the rigid, binding devolution framework, these matters were not a significant concern at the time as the practice had developed of resolving competence disagreements between the UK and Scottish Governments via political means, rather than through legal challenges in the courts[19]. This initial collaborative functioning of the devolution settlement further contributed to its flexibility and to a development of the system that further reflected the particularities and preferences of its different nations.

The UK constitutional framework therefore stands in stark contrast to that of other multinational states where, while there might be some constitutional recognition of their internal national diversity, this does not entail an acceptance of the right of their minority nations to decide to break away from the state, if this is the preference of the majority of their citizens[20]. Quite the contrary, in many of these cases this national diversity is subject to constitutional provisions regarding state-wide national sovereignty and unity, which are presented as unbreachable limits for any independence claim put forward by a national minority or sub-state unit. Furthermore, the constitutional frameworks of many multinational states tend to be notably rigid, and therefore not only to provide no or very limited avenues for a sub-state independence referendum, but also to include unsurmountable barriers to any reform in this sense at the request of a minority nation, leaving them with no real effective avenues to pursue.

3. **The Edinburgh Agreement and the 2014 Referendum**

The questions regarding Scotland's place in the Union and the Scottish Parliament's competence to legislate for an independence referendum came to the forefront of political and academic debates in 2011, when the SNP won an overall majority in the Scottish Parliament elections with a manifesto that included holding a referendum. This was a particularly notable achievement, as the electoral system had been specifically designed to avoid majority governments and favour collaboration between parties. The newly elected Scottish Government therefore argued that it had mandate to hold an independence referendum, and that the Scottish Parliament had the competence to legislate for it. In response, the UK Government accepted the significance of the result and the Scottish Government's mandate to hold a referendum. However, it did not accept that it was within the competence of the Scottish Parliament to legislate for the referendum. According to the UK Government, this could only be done by Westminster legislation, thus aiming to

[18] Northern Ireland Act 1998, s. 1.
[19] E. CASANAS ADAM, *Brexit and the mechanisms for the resolution of conflicts in the context of devolution: Do we need a new model?* in O. DOYLE, A.MCHARG and J. MURKENS (eds) *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom: Constitutions under Pressure*, Cambridge, CUP, pp. 43-63.
[20] For example, on the case of Spain, see E. CASANAS ADAM, *Constitutional Law and Secession in Spain*, in R. GRIFFITHS, A. PAVKOVIK and P. RADAN (eds) *The Routledge Handbook of Self-Determination and Secession*, Routledge, 2023, pp. 604-616.

retain some control over the design and conditions of the referendum process. Interestingly, despite their disagreement on the competence question, both governments agreed that this was preferably a political matter that should be resolved through the political branches of government, thus avoiding it being brought before and decided by the courts. After a period of negotiations on these questions, the United Kingdom and Scottish Governments signed the Edinburgh Agreement on the 15 October 2012, which stated that they had agreed «to work together to ensure that a referendum on Scottish independence can take place»[21]. The Agreement also included some specific details regarding the holding of the referendum, and a mechanism to enable the Scottish Parliament to legislate for it.

The legal instrument selected to materialise the Edinburgh Agreement was also designed to insulate the resulting referendum from any competence challenges in the courts and enable the democratically negotiated process to proceed. It is worth highlighting here that a distinctive feature of the devolution issues procedure provided in the Scotland Act 1998 to ensure that the legislation of the Scottish Parliament was within its competences is that challenges may also be brought by individuals[22]. Therefore, despite the agreement between the UK and Scottish Governments to enable the Scottish Parliament to legislate for the referendum, the legislation could have still been challenged by one or various individual claimants. In order to avoid this, the Edinburgh Agreement provided for the drafting of a s 30 Order, which specifically transferred the competence to hold an independence referendum to the Scottish Parliament[23]. While this served to insulate the 2014 referendum from any future challenges on this basis, it was not a recognition on the part of the Scottish Government that the holding of an independence referendum was outwith the Scottish Parliament's competence, and this question remained unresolved.

Overall, the negotiated and consensual nature of the Edinburgh agreement led to a referendum campaign and process that was seen both internally and comparatively as a model process of citizen engagement and deliberation, leading to an outcome that was closer than initially expected, due to a significant rise in the yes vote (55.3% (no) / 44.7% (yes))[24]. In response to this increase in support for independence during the final stages of the campaigning, a last minute promise or «Vow» from representatives of the three main unionist parties committed them to significantly amending the devolution settlement for Scotland if it voted to remain in the UK[25]. The outcome was then not a vote for the status quo, but one for further devolution.

It is clear from the above considerations that the unique features of the UK's constitutional framework were fundamental to the 2014 referendum process and its success. The broader union framework, and the understanding of the Scotland's being integrated into

[21] Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland, Edinburgh, 15 October 2012, par. 1.
[22] Scotland Act 1998, Schedule 6.
[23] Scotland Act 1998, s. 30.
[24] See 1, supra.
[25] These were incorporated into what became the Scotland Act 2016.

ance of the referendum, which was then endorsed by the Westminster Parliament. Furthermore, the inherent flexibility of the political constitution enabled the Scottish and UK Governments to design a specific procedure under the devolution settlement that enabled the Scottish Parliament to legislate for the referendum, at the same time avoiding any potential future legal challenges. The result, as is well known, was a largely uncontested referendum process, where the deliberation could focus on the arguments in favour and against independence itself, and with a clear commitment on both sides to accept the outcome of the vote.

4. The Aftermath of the 2014 Referendum and the Shift in the UK Government's Approach

The change in tone in the Prime Minister, David Cameron's, speech after the referendum results were made public is clearly perceptible, highlighting the shift in the UK Government's approach to the referendum question that would come to determine its responses to any requests for a second vote. After announcing how delighted he was, Cameron declared that «it is time for our United Kingdom to come together, and to move forward. A vital part of that will be a balanced settlement – fair to people in Scotland and importantly to everyone in England, Wales and Northern Ireland as well»[26]. While he stated clearly that the promises made to Scotland would be fulfilled, he also seemed to tie this process to the enactment of wider reforms across the UK: «It is absolutely right that a new and fair settlement for Scotland should be accompanied by a new and fair settlement that applies to all parts of our United Kingdom»[27]. His speech paid special attention to England, which is generally considered to be the key concern in relation to the wider devolution framework, and can be seen as a response to a hardening in public opinion in England in relation to Scotland, sparked by the referendum and by the belief that too many concessions had been made[28].

A series of constitutional and quasi-constitutional reforms followed the referendum. On the one hand, the establishment of the Smith Commission led to the initiation of a cross-party process directed at rapidly reaching an agreement and enacting draft legislation, which became the Scotland Act 2016[29]. This Act amended the Scottish devolution settlement, providing new competence and safeguards for the Scottish Parliament. On the other, the Conservative government brought forward proposals for English votes for English laws (EVEL) in Westminster and, as an alternative to an English parliament or regional English parliaments, the Cities and Local Government Devolution Act 2016 provided for "devolution deals" to be made between the UK Government and local authorities. A new

[26] PRIME MINISTER'S OFFICE, *Scottish Independence Referendum: Statement by the Prime Minister,* 2014.
[27] PRIME MINISTER'S OFFICE, *op. cit.*
[28] M. KEATING, *The Scottish independence referendum and after*, in *Revista d'Estudis Federals i Autonomics n.* 21, 2014, PP. 73-98.
[29] S. TIERNEY, *And the winner is….the Referendum: Scottish Independence and the Deliberative Participation of Citizens,* Int'l J. Const. L. Blog, 2014; J. CURTICE, *Scotland "One year On": the Legacy of the Independence Referendum*, Discussion Paper, International Public Policy Institute, University of Strathclyde, 2015; A. McHARG, *A Powerhouse Parliament? An Enduring Settlement? The Scotland Act 2016*, in Edinburgh Law Review, vol. 20, n. 3, 2016, pp. 360-361.

Wales Bill was also presented, which became the Wales Act 2017, bringing the structure of devolution in Wales closer to that in Scotland. As had been promised by David Cameron, therefore, the reforms that followed the 2014 independence referendum went further than simply amending the devolution settlement for Scotland. These reforms were also aimed at addressing concerns that too many concessions had been made to Scotland, to the detriment of the UK's other nations.

More generally, the referendum and developments that followed sparked concerns about the overall development of the model of territorial organization and the need for stronger safeguards for the Union. A report prepared by the House of Lords Select Committee on the Constitution on The Union and Devolution argued that the «haphazard approach to the UK's constitution in which power has been devolved without any counterbalancing steps to protect the Union, recently culminated in an existential threat in the form of a referendum on Scottish independence. […] Should any proposals for further devolution arise in the future, they should be considered within the appropriate framework of the constitutional principles that safeguard the integrity of the Union»[30]. The report also called for the regulation or further limitation of the possibility of Scotland (or another nation) holding another independence referendum, highlighting that «provision for any future referendum on an issue as fundamental to the Union as the secession of one of its four nations should be set out in primary legislation by the UK Parliament»[31]. Similar calls also came from the academic sphere[32]. These concerns no doubt also contributed the shift in the UK Government's approach. As a result, an unexpected consequence of the 2014 independence referendum is that it would be more difficult for Scotland or one of the other devolved nations to hold another referendum or to secure additional constitutional reforms in the future.

A further factor that contributed to the shift in the UK Government's position was the sustained support for independence in Scotland after the referendum took place. As Noon and Dugdale note in their recent report on "Scotland and the Constitution", the 2014 referendum was not seen as posing any real threat to the UK, and the UK Government was more concerned with the risks associated with rejecting it or being seen to block it[33]. However, since then, the balance of risk has shifted for the UK Government, given substantially higher levels of support for an independent Scotland in the post-referendum period. This further reinforced the shift in its approach to the question of Scottish independence or of holding a second referendum, as can be seen in its responses to the Scottish Government's requests below.

---

[30] HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *The Union and Devolution. 10th Report of the Session 2015-16*, 2015, par. 3.
[31] HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *op. cit.*, par. 4.
[32] N. BARBER, *After the vote: Regulating future independence referendums*, in UK Constitutional Law Association Blog, 2015; G. COWIE, *Scotland and a Second Independence Referendum – The Obstacles and Challenges and the Comparative Solutions*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 2016.
[33] K. DUGDALE, S. NOON, *Scotland and the Constitution: Agreeing a way forward*, Centre of Public Policy, University of Glasgow, 2024.

5. The Scottish Government's Strategy post 2014 and the 2021 Referendum Bill

The question of Scottish independence appeared to have been successfully resolved until the holding of the Brexit referendum by the UK Government in 2016. Indeed, from the Scottish perspective, EU membership and of Scotland remaining part of the EU had been central to the deliberations and vote in the independence referendum[34]. After a polarized and controversial campaign, the overall outcome of the Brexit referendum vote differed significantly across the UK (and in different parts of the UK): 51.9% (Leave) / 48.1% (Remain) and in Scotland 38% (Leave) / 62% (Remain). Yet, this territorial divergence in the outcome was not taken into consideration when deciding the result and its consequences, and therefore Scotland was forced to leave the EU, as part of the broader UK exit process, against its will. This was then seen as a significant change in circumstances in relation to the 2014 vote regarding independence, and as a justification for a second independence referendum to determine whether the people of Scotland still wanted to remain in the UK in the new circumstances.

In its manifesto for the 2016 Scottish Parliament elections, the SNP stated that: «the Scottish Parliament should have the right to hold another referendum if there is clear and sustained evidence that independence has become the preferred option of a majority of the Scottish people – or if there is a significant and material change in the circumstances that prevailed in 2014, such as Scotland being taken out of the EU against our will»[35]. The 2016 election again resulted in a pro-independence majority of MSP's, despite the SNP losing their overall majority, as the Green Party also supported independence. Therefore, after the outcome of the Brexit referendum, the First Minister confirmed that a second independence referendum was «highly likely», considering the election result provided them with a mandate to do so[36]. However, whereas in 2011 the UK Government had accepted that the Holyrood election result provided the SNP with such a mandate, it did not take a similar view in 2016, confirming the shift in its approach to the question of Scottish independence that had followed the 2014 vote.

At this initial stage, the Scottish Government's strategy was to repeat the process that had led to the successful referendum in 2014. Therefore, following the steps that had been taken in 2012, the First Minister, Nicola Sturgeon, requested a s30 Order for the transfer of the competence to legislate for a second independence referendum. This happened first in 2017, when the Prime Minister was Theresa May, and again in 2019, when it was Boris Johnson. While Theresa May did not officially respond and shortly after the request called a snap general election, Boris Johnson's reply refused the First Minister's request, stating that: «the 2014 referendum was a once in a generation vote» and that «the UK

[34] E. CASANAS ADAM, *The Scottish Independence Referendum: Lessons learned for the future,* in A. LOPEZ BASAGUREN, L. SAN-EPIFANEO (eds.) *Claims for Secession and Federalism: A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, 2019, pp. 183-202.
[35] SNP, *Re-Elect, Manifesto 2016,* Manifesto for the 2016 Scottish Parliament Elections, 2016.
[36] *Brexit: Nicola Sturgeon says second Scottish independence vote "highly likely"*, *BBC News online*, 24 June 2016.

Government will continue to uphold the democratic decision of the Scottish People»[37]. This refusal to consider a s30 Order continued even after the SNP and the Greens gained a new pro-independence majority in the 2021 Scottish Parliament elections, and was reiterated by different UK Government ministers. Notably, the Secretary of State for Scotland, Douglas Jack, stated that a second referendum was possible, but regarding when they might agree for it to take place, cited the «duck test…[I]f it looks like a duck and it waddles like a duck, it's probably a duck», with little further explanation[38]. In this way, the UK Government have put forward no clear views on the circumstances of requirements that could lead them to agree to a second independence referendum, and transfer the necessary competence accordingly.

The continuous refusal by the UK Government to acknowledge the SNP's requests and to transfer the competence to the Scottish Parliament for the holding of a second referendum also led to proposals for alternative options within the independence movement such as the organisation of an "unofficial" referendum on Scottish independence. Yet the First Minister was consistently opposed to this avenue, stating clearly that: «if we were to try and hold a referendum that wasn't recognised as legal and legitimate […] it would not carry the legal and political and diplomatic weight needed. It simply wouldn't be accepted by the international community, including our EU friends and partners»[39]. This position was no doubt influenced and largely reinforced by developments in Catalonia, where the Catalan independence referendum was not legally recognised by the state authorities and received very little support or recognition from the EU or the international sphere, even despite the Spanish state's significantly hardline response. Yet it can also be understood within the UK's own unique constitutional framework and circumstances, which are notably different to those of Spain. While the Spanish Government's position in Spain was that a Catalan referendum was incompatible with the Constitution, in the UK, the 2014 referendum process served as a precedent that the UK Government could not ignore. There was therefore, in principle, no need for the Scottish Government to pursue unofficial pathways, when a clearly legal and legitimate pathway existed and had been successfully used a few years earlier.

However, in practice, and without the agreement of the UK Government, the UK constitutional framework provided very few avenues for the Scottish Government to pursue its «legal and legitimate» independence referendum[40]. Indeed, and as can be seen from its change of strategy, the Scottish Government was left with no other option but to proceed unilaterally, aiming firstly, to pressurise the UK Government into granting a s30 Order, and if not, to entrust the matter to the courts to decide, as the question of whether the

[37] Letter from PM Boris Johnson to Scottish First Minister Nicola Sturgeon, 10 Downing Street, 14 January 2020.
[38] C. McCORKINDALE, *Constitutional Pathways to a second independence referendum – who ordered the duck?,* Centre for Constitutional Change Blog, 2022.
[39] N. STURGEON, *The case for Scottish independence has never been more compelling,* SNP, 2019.
[40] C. McCORKINDALE, A. McHARG, *Constitutional Pathways to a Second Independence Referendum* in E. HEPBURN, M. KEATING, and N. McEWEN (eds.) *Scotland's New Choice: Independence After Brexit,* Centre on Constitutional Change, 2021.

Scottish Parliament had the competence to legislate for a consultative, non-binding independence referendum had been left unresolved[41]. Indeed, a distinctive feature of the process leading up to the 2014 referendum was the agreement between both governments to keep the referendum in the political sphere and out of the courts, due to the uncertainty over what the courts would say on the issue of an independence. This uncertainty remained after 2014, and thus the UK Government would need to decide between agreeing to a s30 Order and retaining some control over the process, or risking the courts' deciding that the referendum was indeed within the competence of the Scottish Parliament. For this, the Scottish Government had to draft a referendum Bill and introduce it into the Scottish Parliament for consideration, as it was understood that this was the way to bring the matter before the Supreme Court.

The Scottish Parliament started preparing for a second referendum by enacting the Referendums (Scotland) Act 2020, which provided a general framework for holding referendums on devolved matters, and the Scottish Elections (Franchise & Representation) Act 2020, which among other issues, extended the franchise to foreign nationals with residence in Scotland. The Scottish Government then finally published its Draft Independence Referendum Bill on 22 March 2021. It was quite a short Bill, covering only a few key points: firstly, the timing of the referendum, stating should be a matter for the Scottish Parliament to decide, in order to ensure that it would be held take place once the Covid public health crisis was over; secondly, it established that the question should be the same one used during the 2014 referendum, and that it would be tested by the Electoral Commission; and thirdly, it provided that voting eligibility would be extended to match the franchise at Scottish Parliament and local government elections, thus include foreign nationals with leave to remain in Scotland (or who do not require such leave). The Bill thus showed a significant degree of continuity with the 2014 vote and was clearly designed to pass quickly and easily through the Scottish Parliament, thus increasing the pressure on Whitehall.[42] However, and as will be seen below, this strategy did not result in a new agreement or a s30 Order, and the matter ultimately was brought before the courts. This is a further example of the UK Government's significant shift in its approach to Scottish independence after the 2014 vote and of its impact on the referendum question.

The above considerations confirm that, without the agreement of the UK Government, the Scottish Government had no legal avenues to proceed with a second referendum process that mirrored the one in 2014, and that its various attempts to pursue this via political avenues, either through negotiation or pressure, were also unsuccessful. Due to the lack of specific legal recognition that Scotland could leave the Union if a majority of its citizens decided to do so or of an established procedure that provided for a referendum process that was recognised and accepted at both levels, they had no way to constrain the UK Government to accept their claims. Despite the broader Union framework and the generally accepted narrative of the voluntary union, the UK Government's change of approach served to highlight the significant asymmetry between both levels of government,

[41] M.RUSSEL, *The Road to a referendum that is beyond legal challenge,* SNP, 2021.
[42] C. McCORKINDALE, A. McHARG, *op. cit.*

and most notably, the constitutional weakness of the position of Scottish Government and Parliament in this new context.

6. **The Referendum Question in the Courts**

Interestingly, while the general expectation was that the competence question would reach the courts via a Scottish Parliament Bill being referred to the Supreme Court by the UK law officers, it was actually raised via different avenues in two high profile cases. The first, *Keating v the Advocate General*, was a crowdfunded case, therefore funded by the donations of interested citizens and organisations, and brought also by an interested citizen (Mr Keatings) with no connection to the Scottish institutions of self-government[43]. Mr Keatings brought a case to before the Outer House Scottish Court of Session in 2021, seeking two declarators: first, that the Scottish Parliament had the competence to hold an independence referendum under the Scotland Act 1998 without the consent of the UK Parliament; and second, that the draft Bill being prepared by the Scottish Government was compatible with the Scotland Act 1998. While the court agreed to hear the case, it ruled that, at that stage, the competence question was «hypothetical, academic and premature»[44]. Keatings then appealed to the Inner House, and by that time the Scottish Government had already published their referendum Bill. He therefore argued that the court should reach a decision on the competence question before the Scottish Parliament election on 6 May 2021. However, three judges, including the Lord President, again refused to issue a declaration in this sense[45]. Notably, the Lord President concluded that:

«At present, there is no Bill before the Parliament, although there is a draft Bill. A draft Bill has no legal status. The result of the election is not yet known. A Bill may or may not be introduced, depending upon the Government formed as a consequence of the election […] If the Bill were passed without such [a s30] Order, it is highly probable that the UK Government's law officers would refer the Bill for scrutiny by the UK Supreme Court. All of these eventualities render the current remedies sought premature, hypothetical and academic. A decision by this court on the matters litigated would serve no practical purpose».[46]

These conclusions by the Lord President appeared to confirm that the Scottish Government's strategy was correct, and that they would need to introduce their Bill into the Scottish Parliament in order for the competence question to be decided on the basis of a challenge from the UK level. However, and in what was described as a "clever move", the competence question was brought before the Supreme Court at the initiative of the Scottish Government itself, and by its legal advisor, the Lord Advocate, while the Bill was still in draft form. A distinctive feature of the Scottish devolution settlement is that it requires a minister responsible for a government Bill submitted to Parliament to make a statement in favour of it being within its competence, and under the Scottish Ministerial

[43] Keatings v Advocate General for Scotland [2021] CSOH 16.
[44] Ibid, par. 139.
[45] Keatings v Advocate General for Scotland [2021] CSIH 25.
[46] Ibid, par. 55.

Code, this statement must be cleared with the Lord Advocate[47]. Using a mechanism in the Scotland Act that had not yet been used in Scotland, and which enables references to be made on «any devolution issue which is not the subject of proceedings», the Lord Advocate argued that she was posing the question before the court as she was unsure of the outcome and could therefore not advise the Scottish Government on the competence of the referendum Bill[48]. The Advocate General, acting as respondent for the UK Government, argued that this mechanism could not be used in these circumstances, and if that were not the case, that the proposed Bill related to reserved matters.

After hearing both sides, the Supreme Court went on to accept the Lord Advocate's argument regarding the appropriateness of the reference and to consider the competence question, concluding that the Scottish Parliament did not have the competence to legislate for an independence referendum, even if it was only advisory or consultative[49]. The court concluded that it was clear that «the proposed Bill has more than a loose or consequential connection with the reserved matters of the Union of Scotland and England and the sovereignty of the United Kingdom Parliament. Accordingly, the proposed Bill relates to reserved matters and is outside the legislative competence of the Scottish Parliament»[50]. In this way, the Supreme Court put an end to the debates regarding the competence of the Scottish Parliament to legislate for an independence referendum, as any legislation on this issue will be outwith the Scottish Parliament's competence and therefore "not law". It interpreted the reserved competence provisions in such broad terms that there are no amendments or reformulation of the question that the Scottish Parliament could make to bring the potential Bill within competence; in the court's view, this is a question exclusively for the Westminster Parliament.

At the same time, the Supreme Court's reasoning in the reference decision is not fully coherent or convincing. Central to the court's conclusion are the significant political effects it considers that even an advisory independence referendum would have as an important political event that would «possess the authority, in a constitution and political culture founded upon democracy, of a democratic expression of the view of the Scottish electorate», and which would, in turn, «strengthen or weaken the democratic legitimacy of the Union»[51]. In this sense, the court goes beyond the purely legal effects of a potential referendum and considers that a majority vote in favour of independence would place significant pressure on the UK Parliament to act in this sense and undermine the continuity of the Union. Yet, the decision simultaneously ignores the important political effects of the results in the Scottish Parliamentary elections where the Scottish people have consistently voted in favour of a party that has the holding of an independence referendum in its manifesto. These elections are also a "democratic expression of the view of the Scottish electorate" which should therefore raise questions for Westminster and the status of the

[47] Scotland Act 1998, S 31 (1) and Scottish Ministerial Code, par. 3.4.
[48] Scotland Act 1998, Schedule 6, par. 34.
[49] Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998 [2022] UKSC 31.
[50] Ibid, par. 82-83 and 92.
[51] Ibid, par. 81.

Union. There is, however, no reference to any implications of this democratic expression of the views of the Scottish people for the UK Government or Parliament, or to what the Scottish Government should do in order to pursue a second independence referendum.
Furthermore, in its considerations the court's focus is exclusively on the provisions of the Scotland Act 1998 and on its own previous case law in this context. There is no reference to the broader constitutional framework that predates the devolution settlement, to the UK as a multinational Union, or to the 2014 referendum process and the potential precedent it set in relation to any future requests for an independence referendum for Scotland. Notably, the court makes a selective reference to the Canadian Supreme Court's Quebec Secession Reference decision, which is internationally recognised for taking a broad and balanced constitutional approach to a similar question, but does not incorporate this approach in its own decision[52]. Thus, while the Canadian court's balanced approach draws from various constitutional principles to establish a negotiated avenue for the resolution of the conflict, the UK Supreme Court provides no further considerations as to the avenue the Scottish Government should pursue to secure a second referendum, and in particular, no considerations regarding the potential response by the UK Government to a referendum request, or to the circumstances or requirements that could permit a second referendum to take place.
As a result, the Supreme Court closed off the final potential avenue available to the Scottish Government to pursue a legal and legitimate independence referendum under the current constitutional framework. The court not only establishes that the Scottish Parliament has no competence in this area, but also appears to grant full discretion to Whitehall / Westminster to decide whether, when and in what circumstances a second independence referendum for Scotland may one day be held.

7. What Next? Establishing a Clear Pathway for a Second Independence Referendum

Both the UK Government's consistent response to the s30 Order request and the Supreme Court's decision on the competence question confirm that the more restrictive interpretation of the UK constitutional framework that followed 2014 vote remains the predominant view in Whitehall and has been judicially endorsed. The SNP plus the Green Party vote resulted in a pro-independence majority in the Scottish Parliament after both the 2016 and 2021 elections, and the Scottish Parliament itself voted in favour of holding a second referendum in 2020. Yet, in contrast with the situation in 2014, this has not been considered a sufficient mandate for the UK Government to transfer the necessary competence to the Scottish Parliament to legislate for the referendum, or for the UKSC to provide for some form of accommodation or response to the continuous expressions of the democratic preferences by the people of Scotland. Despite devolution providing for a democratic institution to directly represent and express the preferences of the people of Scotland, and the more general union framework, this has found no receptive political or judicial response. The 2024 General Election resulted in a new Labour gove-

[52] *Reference Re Secession of Quebec* [1998] 2 S.C.R.

rnment in Whitehall, with a commitment to improving the UK Government's relations with the devolved nations. However, with reference to the question of Scottish independence, the Prime Minister, Keir Starmer, has stated that he cannot imagine another referendum taking place during his time in office, and that an SNP victory in the 2025 Scottish Parliament elections would not change his mind[53].

The above also highlights that the inherent flexibility of the UK constitutional framework, which facilitated the negotiated process leading up to the 2014 referendum, has since then resulted in a lack of clear avenues for the Scottish Government to legally pursue a second referendum in a context where the political will at the level of the UK Government has changed. Despite there being a clear precedent showing that a Scottish independence referendum is indeed possible and compatible with the constitutional framework more broadly, and this providing an example of process that has been deemed as comparative best practice, ultimately the decision on any future independence referendum appears to correspond unilaterally to the UK Government. In this way, Scotland currently finds itself in a situation which is in many ways analogous to other minority nations of sub-state units which face insurmountable barriers to hold a referendum within their constitutional context. If in other cases these barriers involve rigid reform procedures, national sovereignty or the unity of the state, in the Scottish case they involve broad UK Government discretion and the sovereignty of the UK Parliament.

When returning to the distinctive features of the UK constitutional framework discussed at the start of this article, this situation is notably problematic from a number of perspectives[54]: from a democratic perspective, where the consistently expressed view of the people of Scotland through their Parliament is not being acknowledged or responded to; from the perspective of the equality and balance between the majority and minority nations within the UK's multinational Union, where the vulnerability of the Scottish nation within the constitutional framework is continuously highlighted but not addressed; and more generally, from the perspective of legal certainty, as while it is clear that a second referendum is possible and compatible with the constitutional framework, there is a lack of clarity regarding the circumstances, requirements or process necessary for this to take place. It is hard not to conclude that while many aspects of the UK's unique constitutional framework facilitated the success of the 2014 referendum process, they are now contributing to the current situation of deadlock, and that legislation must be enacted to provide for a clear pathway for a Scottish independence referendum that does not confer the decision unilaterally on the UK Government.

Raising similar concerns, Dugdale and Noon stress that the time is now right for a clear pathway for a further Scottish independence referendum to be agreed[55]. Adopting the generalised understanding that the UK is indeed a voluntary union, and that therefore the parties in the union must be able to choose to leave, they develop a set of suggestions as a

[53] G. CAMPBELL, *Starmer says no independence referendum while he is PM, in BBC NEWS, 3 June 2025.*
[54] In this sense, see also C. MARTIN, *Resist, Reform or Re-Run? Short and Long-Term Reflections on Scotland and Independence Referendums*, Blavatnik School of Government, 2021.
[55] K. DUGDALE, S. NOON, *op. cit.*

starting point for discussion. Building on a number of comparative experiences and on the extensive work that has been carried out on a potential unification referendum in Northern Ireland, they propose a pathway for Scotland that largely mirrors the existing Northern Irish mechanism[56]. In this sense, the Secretary of State for Scotland would have a legal duty to permit a referendum if it looked likely that independence would secure majority support in such a vote. The assessment would therefore be left to the Secretary of State, but the criteria for determining this would be agreed by the two governments. They note that the advantage of this approach, which would require a degree of compromise by both unionists and pro-independence supporters, is that it would move the focus to the support for independence rather than the support for an independence referendum[57].

While these suggestions provide a valuable starting point for discussions on determining a clear pathway for a potential Scottish independence referendum, and indeed one that is based on compromise and negotiation, they fail to take into consideration one of the other key features of the UK constitutional framework in the development of the territorial model, which is its inherent asymmetry and the tailoring of mechanisms and solutions to the preferences and requirements of each devolved nation. Indeed, the initial design and further development of each devolved settlement has followed its own distinct and independent path. Furthermore, the unwritten nature and flexibility of a large part of the Constitution also allows for the consideration of a range of options, as long as they are the result of the agreement between the UK and Scottish Governments, and have the approval of Westminster and the Scottish Parliament. In this sense, there are no constitutionally predetermined requirements or procedures in relation to the establishment of a pathway for a second independence referendum. Therefore, while the existing Northern Irish mechanism was considered the preferable option for the unique Northern Ireland context in 1998, as part of the broader peace process and Belfast/Good Friday Agreement, the current circumstances in Scotland are notably different. Dugdale and Noon themselves recognise that «Scotland's situation does not map precisely onto any other international or domestic example»[58]. A specifically Scottish solution based on Scotland's specific circumstances and on the preferences of the majority of citizens in Scotland is therefore preferable.

Furthermore, since 1998 expert research on these issues has also developed substantially, with more clearly developed reflections on what are considered best practice examples, requirements and procedures for the resolution of territorial conflicts of sovereignty, and the organisation of independence referendums in particular. For example, during 2019-2020, an in-depth collaboration between academics and civil society organisations led to the drafting of a "Basis for the Writing of a Code of Good Practice for the Resolution of Territorial Sovereignty Conflicts". This document provides a detailed framework for the democratic resolution of these conflicts, and has also been incorporated into a proposal

[56] K. DUGDALE, S. NOON, *op. cit.*
[57] K. DUGDALE, S. NOON, *op. cit.*
[58] K. DUGDALE, S. NOON, *op. cit.*, p. 46.

for EU legislation in this area[59]. More recently, the Catalan Government appointed a group of academics from different disciplines and political sensitivities on the constitutional future of Catalonia within Spain to deliberate and set out a series of options that could provide the basis for a Clarity Agreement between the governments of Catalonia and Spain. The aim of the report was to provide starting point for the development of an agreed pathway for resolving the ongoing territorial conflict in a way that enabled citizen participation and informed deliberation, drawing from both comparative experiences and specific Catalan/Spanish Constitutional and legal provisions and debates[60]. The 2014 Scottish referendum itself and the experiences of attempting to hold a legally recognised referendum in Catalonia, among other comparative examples, have also shaped views and understandings of such processes. The establishment of a pathway to enable a second independence referendum for Scotland should also draw from and build on this set of recent comparative research, documents and experiences.

In sum, while the distinctive features of the UK's constitutional framework are contributing to the current deadlock, they also have the potential to provide the basis for the legal establishment of a pathway for a Scottish independence referendum that is tailored to Scotland's particular circumstances, preferences and context, and that at the same time reflects the most recent research and recognised international best practice in this field.

8. Concluding comments

The UK has a unique constitutional framework from a comparative perspective, where its multinational reality is both recognised and accepted, and where the union nature of the state frames the general understanding and approach to independence referendum requests. This framework was fundamental to both the development and implementation of the Edinburgh Agreement and the 2014 referendum process, and to its success. In this sense, it is recognised as a paradigmatic example of a sub-state independence referendum around the world. However, the aftermath of the 2014 referendum led to a shift in the approach of the UK Government to these questions, and it has therefore refused to follow its previous practice or engage with requests for a second referendum, despite the consistent pro-independence majority in the Scottish Parliament. In this new context, and despite the Scottish Government attempting different strategies to secure an agreement with the UK Government, or obtain some recognition of their claims in the Supreme Court, the flexibility of the framework has left the Scottish Government with no available options to pursue and no clarity regarding what circumstances or procedure may enable such a referendum to go ahead in the future. This situation is notably problematic from a range of different perspectives, highlighting the need for a legally established pathway for an independence referendum for Scotland. Here again, the uniqueness of the UK's constitutional framework provides the opportunity for the design of a mechanism that responds to the

[59] EUSKO IKASJUNTZA AND INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS, *Basis for the Writing of a Code of Good Practice for the Resolution of Territorial Sovereignty Conflicts*, 2020.
[60] ACADEMIC COUNCIL FOR THE CLARITY AGREEMENT, *Report on the Clarity Agreement*, Generalitat de Catalunya, 2023.

specific circumstances of Scotland and to the preferences of the Scottish citizens, while also incorporating and building on recent research and experiences in this field. In this way, the development and content of this mechanism could also become an example of best practice, as the referendum process was in 2014.

numero 1/2025

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-B6F

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

What lies between: the Scottish Independence Referendum 2023

Christopher McCorkindale
Reader in Public Law, University of Strathclyde

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

What lies between: the Scottish Independence Referendum 2023**

di Christopher McCorkindale*

Abstract (Ita): I dibattiti sul caso politico e giuridico del referendum sull'indipendenza scozzese del settembre 2014 e sul mancato referendum dell'ottobre 2023 si sono concentrati sulla persistenza e la risoluzione di ambiguità riguardanti i mandati politici e le competenze giuridiche. In questo articolo intendo portare alla luce tali ambiguità, esaminando come la certezza politica (ossia il fatto che l'SNP avesse ottenuto un chiaro mandato politico per indire un referendum nel 2011) e l'ambiguità costruttiva (relativa alla necessità di un ordine ai sensi della sezione 30 per permettere tale referendum) siano state utilizzate per realizzare un referendum equo, legale e decisivo. Analizzerò inoltre come il radicamento politico (per il governo del Regno Unito, l'affermazione che "non è questo il momento" per tornare sulla questione referendaria; per il governo scozzese, l'idea che la Brexit rappresentasse un "cambiamento sostanziale delle circostanze" rispetto a quelle del 2014) e il raggiungimento di una certezza giuridica abbiano impedito la realizzazione di un secondo referendum nel 2023. Infine, mostrerò come proprio il raggiungimento di tale certezza giuridica da parte della Corte Suprema abbia aperto nuove ambiguità politiche e giuridiche riguardo alle condizioni che potrebbero, in futuro, giustificare un secondo referendum sull'indipendenza.

Abstract (Eng): Debates about the political and legal case for the Scottish independence referendum in September 2014 and the non-referendum of October 2023 have centred around the retention and resolution of ambiguities about political mandates and legal powers. In this article I want to put those ambiguities in the spotlight looking at how political certainty (that the SNP had won a political mandate to hold a referendum in 2011) and constructive ambiguity (about the necessity of a section 30 order to facilitate that referendum) were deployed to produce a fair, legal and decisive referendum; at how political entrenchment (for the UK Government, that "now is not the time" to revisit the referendum question; for the Scottish Government that Breit was a "material change of circumstances" from those which prevailed in 2014) and the achievement of legal certainty put paid to a second referendum in 2023; and, finally, how the achievement of legal certainty at the Supreme Court opened new political and legal ambiguities about the political and legal circumstances that might yet trigger a second independence referendum.

Parole chiave: indipendenza scozzese; devolution; referendum

Keywords: Scottish independence; devolution; referendum. TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. Politics; law and the 2014 Scottish independence referendum; 2.1 Obstacles erected; political and legal; 2.2 Obstacles overcome; political and legal; 3. Going for gold; 3.1 Fair; legal and decisively indecisive?; 3.2 A new constitutional unsettlement; 4. From constructive ambiguity to legal certainty; 4.1 The limits of constructive ambiguity; 4.2 Towards clarity; 4.3 Achieving certainty; 5. Conclusion: ambiguity resolved; ambiguity returns

1. Introduction

In June 2022 the then First Minister of Scotland, Nicola Sturgeon, made a statement to the Scottish Parliament in which she set out a route map to a second Scottish independence referendum to be held on 19 October 2023[1]. The vote never took place. On 23 November 2022, on a novel pre-introduction reference made by the Lord Advocate, the Supreme Court held that a proposed Scottish Independence Referendum Bill that included the question "*should Scotland be an independent country*" would relate both to (i) the Union

** This contribution has undergone a double blind peer review process.

* Reader in Public Law, University of Strathclyde

[1] Reader in Public Law, University of Strathclyde. N. STURGEON, *Independence Referendum: First Minister's Statement*, 28 June 2022, available at: Independence referendum: First Minister's statement – 28 June 2022 – gov.scot.

between the Kingdoms of Scotland and England and (ii) the Parliament of the United Kingdom – both matters reserved to the UK Parliament and therefore outside the legislative competence of the Scottish Parliament[2]. The Supreme Court's reasoning has been subject to much academic analysis, including in these pages[3]. Here, I want to focus on the spaces in between the SNP coming to power for the first time in 2007 and the 2014 Scottish independence referendum and in between the 2014 referendum and the date of the proposed second referendum. I will argue that the existence, constructive use and resolution of political and legal ambiguities has been an important theme at each of the key stages of 2014 referendum and of the 2023 non-referendum debates. In particular, I will conclude with the argument that – far from putting the matter to rest – the certainty achieved by the Supreme Court about legislative competence has thrown us back onto new political and legal ambiguities: this time about the political and legal conditions that might trigger a fair, legal and decisive second referendum.

2. **Politics, law and the 2014 Scottish independence referendum**

1. **Obstacles erected, political and legal**

For a number of reasons, it was remarkable that the 2014 Scottish independence referendum was held at all. First, because the Labour Government elected in 1997 was committed to devolution in no small part to "*ward off the…threat of secession*"[4]. Whilst for the Labour Party under John Smith's leadership – and for the Scottish Office under Donald Dewar – devolution was a "*cornerstone of [Labour's plans for] democratic renewal*," the delivery of which was the "*settled will of the Scottish people*"[5], Smith's successor, Tony Blair, was "*never a passionate devolutionist*"[6]. However, Blair thought it both inevitable and "*necessary politically*"[7]. Inevitable, because it had become the established position of the Labour Party: "*basically the right thing to do*", and anyway "*hard to change…even if I had wanted to*"[8]. Necessary politically because, in Blair's view, without it "*support for independence would be unstoppable*"[9]. Or, as it was put at the time by the then Labour Shadow Secretary of State for Scotland, George Robertson, devolution would "*kill nationalism stone dead*"[10].

---

[2] Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998 [2022] UKSC 31.

[3] See, for example, R.N. FASEL, *How (Not) to Break Up: Constituent Power and Alternative Pathways to Scottish Independence*, in OJLS, n. 1, 2024, pp. 1-27; G. DAVIES, *The UK Supreme Court and devolution: guardian of the passive revolution*, in Public Law, Jan, 2025, pp. 58-80; J M TIRAPU-SANUY, *Devolution, National Pluralism and the Role of the UK Supreme Court*, in OJLS, 2025, online first available at Devolution, National Pluralism and the Role of the UK Supreme Court.

[4] T. BLAIR, *Devolution, Brexit and the future of the* Union, for the Institute for Government, 24 April 2019, p. 3.

[5] For discussion see J. Mitchell, *Devolution in the UK*, Manchester, Manchester University Press, 2009, ch. 6.

[6] INSTITUTE FOR GOVERNMENT, *Tony Blair: Devolution, Brexit and the future of the Union*, 29 April 2019, available at Tony Blair: Devolution, Brexit and the future of the Union. Institute for Government.

[7] T. BLAIR for Institute for Government, p. 3.

[8] Ibid.

[9] Ibid.

[10] B. Taylor, How is the 'Killing the SNP stone dead' project going, BBC News, 4 February 2015, available at How is the 'killing the SNP stone dead' project going? - BBC News.

Second, because in the creation of the Scottish Parliament the Labour Party was willing to concede on the adoption of the First Past the Post (FPTP) electoral system, and likely political domination in Scotland (at least in the short term), and to adopt the more proportionate Additional Member System (AMS)[11], with independence in mind. As James Mitchell and Ailsa Henderson put it, even if other factors were in play – the legitimacy of the new parliament required greater pluralism than could be produced a *winner takes all* electoral system; the Scottish Constitutional Convention itself had rejected First Past the Post; and, the Scottish Parliament was seen as *sui generis* and distinct from Westminster – at this time "*[t]he prospect of an SNP overall majority with a minority of Scottish votes demanding independence could not have been far from Labour minds*"[12].

Third, because even if a pro-independence majority could build momentum towards independence and could win a majority of seats in the chamber, it was at best unclear whether the Scottish Parliament would have the legislative competence to legislate for independence. Amongst the matters reserved to the UK Parliament in the Scotland Act 1998 is "*the Union of the Kingdoms of Scotland and England*"[13]. Any legislation passed by the Scottish Parliament that "*relates to*", inter alia, the reserved matter of the Union would "*not [be] law*" and therefore would be invalid[14]. Section 29(3) of the Scotland Act 1998 tells us that whether a provision of an Act of the Scottish Parliament (ASP) "*relates to*" a reserved matter «*is to be determined…by reference to the purpose of the provision, having regard (among other things) to its effect in all the circumstances*». Early devolution jurisprudence began to clarify the meaning of 29(3): whether a provision "*relates to*" a reserved matter means that «the provision has *more than a loose or consequential connection*» to the reserved matter[15]; its purpose could be indicated in «*a report that gave rise to the legislation or in a report from one of the committees of the Parliament*» or otherwise «*from its context*»[16].

For the Labour Party passing the Scotland Bill in 1998 it was axiomatic that an independence referendum Bill would not be within the legislative competence of the Scottish Parliament. Illustrating the effect of (what would become) section 101 of the Scotland Act 1998, the then Lord Advocate, Lord Hardie, said that the section's interpretative obligation – that courts must interpret provisions of an ASP «*as narrowly as is required for it to be within competence, if such a reading is possible*»[17] - could not save an independence referendum held under the authority of a framework referendums act because such a reading «*can*

[11] In which 73 constituency members are elected on the basis of the First Past the Post system and a further 56 regional members are elected on a party list system.
[12] J. MITCHELL and A. Henderson, *Elections and Electoral Systems,* in M. KEATING (ed), *The Oxford Handbook of Scottish Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2020, ch. 11, p. 213.
[13] Scotland Act 1998, Sch. 5 Pt. I 1(b).
[14] Scotland Act 1998, ss. 29(1) and (2)(b).
[15] *Martin v Most* [2010] UKSC 10 at para. 49 per Lord Walker; *Imperial Tobacco v Lord Advocate* [2012] UKSC 61 at para. 16 per Lord Hope.
[16] *Imperial Tobacco*, *op. cit.* at para. 16 per Lord Hope.
[17] On the operation of section 101 see C. MCCORKINDALE, *Statutory interpretation and legislative competence: section 101 of the Scotland Act 1998,* in C. HUNT et. al. (eds), *Legislating Statutory Interpretation: Perspectives from the Common Law* World, Toronto, Carswell, 2018, ch. 7.

clearly only be read as making provision outwith competence»[18]. However, for others the matter was not so clear cut: an independence referendum Bill might not "*relate to*" the reserved matter of the Union because the referendum itself would have no direct legal effect: «*it would not involve a change in the law*»[19]; its purpose merely to consult the people in Scotland about, or to advise the Scottish Government to open negotiations towards, independence but not itself to deliver that outcome[20].

Fourth, in order to put the legal validity of an independence referendum Bill passed by the Scottish Parliament beyond doubt it would be necessary to persuade the UK Government that it should support in good faith legislation that would put at risk the territorial integrity of the Union itself. Despite these challenges, in 2014 the conditions were ripe for the Scottish and UK Governments to agree to put the question to the people in Scotland: «*should Scotland be an independent country*».

The conditions for the 2014 referendum can be traced as far back as 2007 when the SNP won power for the first time, forming a minority government (with 47 of 129 seats) and replacing the Labour-Liberal Democrat coalition majority that had governed Scotland since the opening of the parliament in 1999. For the SNP in 2007 it was strategically important to be perceived as a competent and responsible party of government better able to stand up for Scotland's interests than its predecessors. The case for independence, they reckoned, would not be won by governing irresponsibly; by seeking deliberately and egregiously to legislate beyond their powers in order to provoke the UK Government or the courts to block the democratic will of the Scottish Parliament. Rather, the then First Minister, Alex Salmond, called for "*patience, maturity and leadership*" and appealed for "*support policy by policy*" across the parliament. So, for example, manifesto commitments to hold an independence referendum and to reform council tax[21] were dropped for lack of majority support across the parliament but support was won for legislation to abolish the graduate endowment (a fixed fee paid by most graduates at the end of their degree) and to abolish bridge tolls. At the same time, the retention by the SNP of Labour's Lord Advocate, Elish Angiolini, rather than a law officer in their own constitutional image, was seen as a practical and symbolic step towards competent and responsible government. In the end, and contrary to what many (including within the SNP) expected in 2007, the minority government saw out its full four year term in a condition of relative stability[22].

Between 2007 and 2011 the SNP largely succeeded in presenting itself as a competent and responsible party of government and one that was capable of standing up for Scotland's interests within the Union. Devolution had not killed small-n nationalism stone

[18] HL Deb., 21 July 1995, vol. 592, cols. 818-20.
[19] C.M.G. HIMSWORTH and C.R. Munro, *The Scotland Act 1998* (2nd ed.), Edinburgh, W. Green, 2000, p. 40.
[20] N. MACCORMICK, *Is there a constitutional path to Scottish Independence?*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 53, n. 4, 2000, pp. 721-736.
[21] *SNP Manifesto 2007*, p. 20.
[22] On the relative stability of this period see P. Cairney, *Coalition and Minority Government in Scotland: Lessons for the United Kingdom?*, in *Political Quarterly*, vol. 82, n. 2, 2011, pp. 261-269.

dead; quite the opposite. But nor had the SNP's success during this period persuaded the people in Scotland to support Scottish independence – at least not in the abstract. By 2011 neither support for, nor the salience of, independence were particularly strong[23]. Yet, that period of minority government was an important building block towards the 2014 referendum in at least two ways. First, because – having dropped its commitment to legislate for an independence referendum during the 2007-11 session – the SNP nevertheless set out to present independence not as an abstract concept but as a plausible constitutional near-future. They did this by launching the National Conversation: a public consultation exercise on Scotland's constitutional future that, unlike the Scottish Constitutional Convention (1989-1995), included the possibility of Scottish independence. The National Conversation culminated with the publication of a White Paper for a proposed Referendum (Scotland) Bill 2010. In this Bill two proposals would be put to the electorate: (1) that «*[t]he Scottish Parliament should have its financial powers and responsibilities extended as recommended by the Commission on Scottish Devolution [the Calman Commission]*»; (2) that in addition to those powers «*the Parliament's powers should also be extended to enable independence to be achieved*»[24]. Second, because in 2011 the SNP was able to build on its success in minority government by winning – against the odds – the very single party, pro-independence, that it was thought AMS would mitigate against. The irony of this historic election win, still the only single party majority returned to the Scottish Parliament, was that the electorate had at once returned – for the first time – a pro-independence majority to the parliament (and therefore the votes needed to pass an independence referendum Bill) at a moment when the public's support for independence itself (and therefore the probability of the SNP winning that referendum) was relatively low. It wasn't until the campaign period proper – when independence became not only a plausible but an imminently possible constitutional future – that support began to increase towards the 44.7% achieved at the referendum.

2. **Obstacles overcome, political and legal**

Perhaps surprisingly, the UK Government was quick to acknowledge the SNP's «*significant victory*"[25] in 2011 and the political mandate it carried to «*bring forward [a] Referendum Bill in [the 2011-2016] Parliament*»[26]. Immediately following the election the then Prime Minister, David Cameron, said that «*if [the Scottish Government] want to hold a referendum, I will campaign to keep our United Kingdom together, with every fibre that I have*».[27] By January 2012 he had offered the Scottish Government a "*fair, legal and decisive*" independence referendum. In *Scotland's*

[23] See C. CARMEN et al., *More Scottish than British: The 2011 Scottish Parliament Election*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014.
[24] See M. HARVEY and P. Lynch, *Inside the National Conversation: The SNP Government and the Politics of Independence 2007-2010*, in *Scottish Affairs*, vol. 80, n. 1, 2010, pp. 91-116.
[25] *Scotland's constitutional future: A consultation on facilitating a legal, fair and decisive referendum on whether Scotland should leave the United Kingdom*, cm. 8203, January 2012, available at Microsoft Word – Final consultation paper.doc, p. 5.
[26] *SNP Manifesto 2011*, p. 28.
[27] Quoted in the excellent overview, D. TORRANCE, *Scottish independence referendum: legal issues*, House of Commons Library, 18 September, 2024, p. 39.

Constitutional Future – a consultation on how to facilitate such a referendum – the UK Government put flesh on the bones of that offer. The referendum would be fair because the rules about, and oversight of, the referendum would be «*manifestly and overtly above board*»; its conduct overseen by actors with «*demonstrable neutrality and proven expertise*»[28]. And, the referendum would be decisive because, in "*uncertain times*" both in Scotland and globally, «*the question of Scotland's constitutional future is increasing that uncertainty*» with a cost to investment and jobs in Scotland[29]. This combination of the SNP's unprecedented (and hitherto assumed implausible) 2011 election win – and the political mandate that it was perceived to carry – alongside the uncertainty that would be caused by allowing the independence question to hang in the air and alongside the stubbornly low support for independence itself created a unique set of political factors that persuaded the UK Government to engage in good faith with legislation that would put at risk the territorial integrity of the Union. However, on making the referendum *legal* the UK and Scottish Governments started from (and indeed maintained) different positions.

In *Scotland's Constitutional Future* the UK Government set out its position that «*any Bill introduced in the Scottish Parliament providing for a referendum on independence would be outside the powers the Scottish Parliament*» because such legislation would "*plainly*" relate to the Union of the Kingdoms[30]. If challenged – either in post-enactment proceedings raised in the Scottish courts by any petitioner with *sufficient interest* or in a pre-enactment reference to the Supreme Court made by the Scottish or UK Government law officers[31] - it would be struck down by the courts[32]. In their analysis of Scottish Government papers and consultation exercises related to independence it was clear that even an advisory referendum (i.e. a referendum with no direct legal effects) would have the "*underlying purpose*" of furthering the Scottish Government's aim of achieving independence[33]. Accordingly, the UK Government set out a number of ways in which an independence referendum could be put on a sound legal basis by:

- Introducing a Bill in the UK Parliament to make the necessary amendments to the Scotland Act 1998;
- Making an order under section 30 of the Scotland Act 1998 to modify the legislative competence of the Scottish Parliament;
- Legislating directly in the UK Parliament for an independence referendum;
- Amending the Scotland Bill already in Parliament as a consequence of the Calman Commission recommendations to enable the Scottish Parliament to pass a referendum Bill[34].

[28] *Scotland's constitutional future*, p. 7.
[29] Ibid.
[30] Ibid.
[31] Scotland Act 1998, s. 33.
[32] *Scotland's constitutional future*, p. 11.
[33] Ibid.
[34] *Scotland's constitutional future,* pp. 11-14.

It was that second option – a section 30 order agreed between the UK and devolved authorities – that the UK Government proposed to be the most elegant solution to the achieving a referendum that was not only fair and decisive but legal[35].

In its own consultation, *Your Scotland, Your Referendum*, the Scottish Government set out its position that «*the Scottish Parliament has the power to legislate for a[n independence] referendum so long as that would not change any reserved law*»[36]. However, recognising that there is a «*wide range of opinion*» about whether or not that is the case, the Scottish Government expressed its preference also for a section 30 order that would "*remove doubts*" about legislative competence and «*put the referendum effectively beyond legal challenge by the UK Government or any other party*»[37]. Where the UK Government had proposed a number of conditions upon the making of an order – relating to the role of the Electoral Commission, the franchise and on the number of questions to be asked – the Scottish Government flatly rejected these «as *a matter of democratic principle*», they said, «it is for the Scottish Parliament» whose «*mandate to hold a referendum is clear*» to «*decide on the timing and terms of the referendum and the rules under which it is to be conducted*»[38].

In this period, then, with the constitutional, political and personal stakes of the PM and FM so high, we see a high degree of alignment between the UK and Scottish Governments: political alignment about the Scottish Government's mandate to legislate for an independence referendum, drawn down from its 2011 election win; high level policy alignment that the referendum should be fair, legal and decisive and agreed between the UK and Scottish Governments (even if the details remained subject to negotiation); and, constitutional alignment that the power of the Scottish Parliament to legislate for an independence referendum should be grounded in a section 30 order, even if there was no legal alignment on whether the section 30 order that was eventually made was born of necessary or of strategic convenience.

It was in this spirit of co-ordination that the UK and Scottish Governments – at least as seen from the outside looking in – negotiated remarkably smoothly the terms of agreement to hold a referendum. In the *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland* (the Edinburgh Agreement) and its attached memorandum it was established that the referendum: should have a clear legal base, established by a time-limited section 30 order; should be legislated for by the Scottish Parliament; should be conducted so as to command the confidence of parliaments, government and people; and, should deliver a fair test and a decisive expression of the views of the people in Scotland and a result that everyone will respect. For the UK Government the major *win* was the agreement that it should be a single-question referendum (i.e. that there would be no third option such as so-called *devo max* on the ballot). For

[35] Ibid, p. 12.
[36] *Your Scotland, Your Referendum*, 11 May 2012, available here Your Scotland, Your Referendum – Scottish Government consultations – Citizen Space, p. 9.
[37] Ibid.
[38] Ibid. pp. 9-10.

this, the UK Government was willing to concede to the Scottish Government and Scottish Parliament the date of the referendum (before the end of 2014), the franchise (including the possibility that this be extended to 16-17 years old), the wording of the question (subject to review by the Electoral Commission) and rules on the conduct of the referendum including on campaign finance.

On the basis of that agreement, the Scottish Parliament enacted two key pieces of independence referendum legislation. The Scottish Independence Referendum Act 2013, which set the date for the referendum: 18 September 2014[39]; which set the question, "*should Scotland be an independent country*"[40] and the form of answer, a single vote for either YES or NO[41]; and, inter alia, which set out how the referendum would be conducted, including the supervisory role of the Electoral Commission[42] and the regulation of campaign expenditure[43]. The Scottish Independence Referendum (Franchise) Act 2013 established that the franchise would be those already entitled to vote in Scottish Parliament and local elections[44] – tying the franchise to residence in Scotland and neither to non-resident Scots nor to British citizens resident in other parts of the UK – with the addition of 16 and 17 year olds[45]. Prisoners would not be permitted to vote in the election[46] – a disappointing start for those who hoped that the independence referendum might signal a more enlightened approach to an issue that had blighted UK politics at least since the European Court of Human Rights ruled against the UK in *Hirst*[47].

Despite the significant potential for legal and political controversy, the co-operative approach taken by the Scottish and UK Governments, and the constructive ambiguity that allowed both parties to agree *to* a section 30 order even if they disagreed *about* its necessity, meant that neither the Referendum Act nor the conduct of the referendum campaign nor the referendum result were subject to any meaningful legal or political challenge. Only the Franchise Act's blanket ban on prisoner votes was challenged in Supreme Court. There, however, it was held that the right to vote interpreted into Article 3 Protocol 1 of the European Convention on Human Rights – and therefore the implications of *Hirst* – applied only to elections to the legislature and not to referendums and therefore that the Franchise Act was not incompatible with Convention rights and not outside the Scottish Parliament's legislative competence[48].

Whatever else might be said about the campaign and its aftermath, when the people in Scotland voted on 18 September 2014, there was no doubt that the result – 55% to 45%

[39] Section 1(4).
[40] Section 1(2).
[41] Section 1(3) and Sch 1.
[42] Section 12.
[43] Section 35 and Sch 8.
[44] Section 2.
[45] Section 2(1)(a).
[46] Section 3.
[47] *Hirst v United Kingdom (No 2)* (2005) ECHR 681.
[48] *Moohan v Lord Advocate* [2014] UKSC 676.

in favour of Scotland remaining in the UK – was fair and legal; but decisive?[49]

3. **Going for gold**

1. **Fair, legal and decisively indecisive?**

From today's vantage point, with the Scottish Government adamant that independence will be "*central*" to its 2026 Scottish Parliament election campaign[50] and support for independence fluctuating at around 2014 levels, occasionally creeping beyond 50%[51], it is easy to forget that the 2014 referendum result was, in fact, decisive – if only for a moment. Unlike the 2016 Brexit referendum, which was subject to hyper-litigation attacking, inter alia, the Article 50 process, the conduct of the referendum, government-parliament relations, the devolution impacts and the impact on citizens' rights from both remain and leave positions[52], there was (*Moohan* aside) no attempt made to delegitimise the referendum in the courts. The result was accepted. The then First Minister, Alex Salmond, accepted that the YES campaign had lost the referendum in a concession speech that included notice of his intention to resign from office, and – now easily forgotten – independence was put on the back burner. Launching the 2015 UK General Election manifesto, *Stronger for Scotland*, Salmond's immediate successor, Nicola Sturgeon, said that the election was "*not about independence*" and promised instead to prioritise holding Westminster to account for delivering on the promise of more, and more deeply entrenched devolution, following the referendum, to oppose efforts from the centre to undermine devolution and to prioritise the devolution of key powers around employment policy[53]. In its 2016 Scottish Parliament election manifesto, asserted the right of the Scottish Parliament to hold another independence referendum but accepted that this would only come if there was "*clear and sustained evidence*" that independence had become the preference of a majority of people in Scotland or there was a "*significant and material*" change in circumstances from those which prevailed in 2014 – such as Scotland being taken out of the EU against its will. In two successive elections, then, the SNP government had shown the decisiveness of the result in 2014 by parking the independence question and the promise of a second referendum behind the devolution of further powers to Scotland and the manifestation of a new context which justified the question to be put back to the people in Scotland.

---

[49] S. TIERNEY, *And the Winner is… the Referendum: Scottish Independence and the Deliberative Participation of Citizens*, Centre on Constitutional Change blog, 29 September 2014, available at 'And the Winner is… the Referendum': Scottish Independence and the Deliberative Participation of Citizens. Centre on Constitutional Change.

[50] H. BROWN, *Swinney: Independence will be "central" to SNP 2026 election campaign*, in *The Herald*, 11 May 2025.

[51] N. POORAN, *Yes vote for Scottish independence hits 4-year high in new poll as SNP enjoys resurgence*, in *The Scotsman* 8 December 2024.

[52] On which, see C. MCCORKINDALE and A. Mcharg, *Litigating Brexit,* in O. DOYLE et al. (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom: Constitutions Under Pressure,* Cambridge, Cambridge University Press, 2021, ch. 12.

[53] *"This election is not about independence": Nicola Sturgeon pledges to represent UK interests as she launches SNP manifesto*, in *Daily Record*, 20 April 2015.

For its part, the UK Government acted quickly to make good on a campaign referendum "*vow*" made by the Prime Minister, Deputy Prime Minister and Leader of the Opposition (those being David Cameron, Nick Clegg and Ed Miliband, respectively the leaders of the Conservative Party, the Liberal Democrats and Labour) that, in the event of a NO vote, they would "*deliver change for Scotland*"[54]. Spooked by tightening opinion polls in the lead up to the vote, including one that indicated majority support for YES[55], the triumvirate declared their agreement:

- That the Scottish Parliament is permanent;
- That "*extensive new powers*" would be delivered according to a process and timetable agreed by the parties, beginning on 19 September 2014;
- That each party would work to improve the way the UK is governed;
- That "*the UK exists to ensure opportunity and security for all, by sharing resources equitably to secure the defence, prosperity and welfare of every citizen*";
- That the final say on how much money is spent on the NHS in Scotland is a matter for the Scottish Parliament.

Scotland's NO vote was decisive – but indecisively so. The condition of constructive legal ambiguity remained undisturbed for so long as (the very real and good faith) political consensus about the meaning and significance of the result held. However, underneath the referendum campaign and result were fault lines that always threatened to shift. The percentage (45%) and number (1.6 million) of Scots who voted YES on a high (and highly engaged)[56] turnout (85%) meant that the question was answered but never settled by the referendum and, the late-in-the-day commitment by the three largest UK parties to make a new constitutional offer to the people in Scotland meant that Scotland's constitutional status would remain up for grabs well beyond the referendum date.

On the same day, 19 September 2014, that Alex Salmond announced his intention to resign as First Minister of Scotland and leader of the SNP, the then Prime Minister, David Cameron, invited Lord Smith of Kelvin – a business man with vast experience in public life – to take forward the campaign commitments made by Cameron, Clegg and Miliband to broaden devolution's scope and deepen its entrenchment. Lord Smith's task was:

> *«To convene cross-party talks and facilitate an inclusive engagement process across Scotland to produce, by 30 November 2014, Heads of Agreement with recommendations for further devolution of powers to the Scottish Parliament… The recommendations will deliver more financial, welfare and taxation powers, strengthening the Scottish Parliament within the United Kingdom»*[57].

---

[54] D. Cameron, N. CLEGG and E. Miliband, *The Vow*, in *Daily Record*, 16 September 2014.

[55] P. KELLNER, *Scotland: "Yes" blitzkrieg wipes out "No" lead,* YouGov, 7 September 2014, available at Scotland: 'Yes' blitzkrieg wipes out 'No' lead | YouGov.

[56] For deeper analyses of voter engagement and behaviour during, and beyond, the independence referendum see A. HENDERSON et al. (eds.), *The Referendum that Changed a Nation: Scottish Voting Behaviour 2014-2019,* London, Palgrave Macmillan, 2022.

[57] SCOTTISH AFFAIRS COMMITTEE, *The Implementation of the Smith Commission*, fourth report 2015, 10 March 2015, para. 3.

The Smith Commission process came in for significant criticisms that were both practical and principled in nature. Practical criticisms included the tight time frame that was imposed upon the Commission to report its recommendations (and the tight time frame that was then self-imposed by the UK Government to draft legislation). This, it was said, «*runs counter to both the due diligence that is surely needed before any decision is taken to restructure the UK tax [and welfare] systems so radically*» as well as the «*due process which ought to accompany such a seminal constitutional development*»[58]. The direction to report and to draft legislation months before a UK General Election also had the potential to undermine the Commission's recommendations. Principled criticisms concerned the legitimacy deficit of an exercise that lacked the «*full participation of all of the governments, legislatures, and peoples of the United Kingdom in a genuinely democratic process*»[59]; a lack of clarity about the "*price*" of more powers for Scotland – not only in economic terms but in terms of any wider constitutional restructure that might marginalise Scotland's influence at the centre[60]; and the trend (think Calman and Silk) of doing devolution reform by commission, reducing legislatures to bit part players or rubber stamps.

More significant, in the end, was the political context in which the Smith Commission met. On the one hand, in the same speech that Cameron announced the Commission's work, he committed to provide «*a decisive answer*» to the West Lothian Question. In an astonishingly tone deaf passage, Cameron said «*[w]e have heard the voice of Scotland – and now the millions of voices of England must also be heard*»[61]. That problem, he said, must be solved «*in tandem with, and at the same pace as, the settlement for Scotland*»[62]. As it was put by Chris Himsworth and Christine O'Neill, although the West Lothian Question is a serious question worthy of serious consideration, delivered in the immediate aftermath of the independence referendum «*it was also seen as a mischievous*», and some UK Government officials might have said unhelpful, «*contribution by the Prime Minister, concerned as much by the placating his own party's right wing and providing a response to the threat from UKIP*»[63]. On the other hand, and here UKIP loomed large too, the Conservative Party was moving towards the position that it eventually adopted in its 2015 UK General Election manifesto: to negotiate changes to the terms of the UK's membership of the European Union and then to «*put these changes to the British people in a straight in-out referendum on our membership of the European*

[58] S. TIERNEY, *Solomon Grundy Does Constitutional Change: The Smith Commission Timetable to Transform the Scottish Parliament*, UK Constitutional Law Association blog, 31 October 2014, available at Stephen Tierney: Solomon Grundy Does Constitutional Change: The Smith Commission Timetable to Transform the Scottish Parliament – UK Constitutional Law Association.

[59] N. ARONEY, *Devolutionary Federalism Within a Westminster-derived Context*, in A. MCHARG et al. (eds.), *The Scottish Independence Referendum: Constitutional and Political Implications*, Oxford, Oxford University Press, 2016, ch. 13, p. 322.

[60] S. TIERNEY, *Solomon Grundy*.

[61] D. CAMERON, *Scottish Independence Referendum: statement by the Prime Minister*, 19 September 2014, available at Scottish Independence Referendum: statement by the Prime Minister – GOV.UK.

[62] Ibid.

[63] C.M.G. HIMSWORTH and C. O'NEILL, *Scotland's Constitution: Law and Practice* (4th ed.), Edinburgh, Bloomsbury Professional, 2021, p. 87.

Union by the end of 2017»[64]. Put differently, David Cameron – by turning so quickly from Scotland's referendum to English MPs' votes; by his marginalisation of EU membership's devolution impacts – was himself keeping the territorial constitution on the table in ways that were problematic for a government seeking to settle, "*perhaps for a lifetime*"[65], the question of Scotland's constitutional future.

1. **A new constitutional unsettlement**

As in so many other ways, the UK's exit from the European Union was a game changer. On 23 June 2016 the people of the UK (and Gibraltar) voted 52% to 48% in favour of leaving the EU on a turnout of 72%. However, in Scotland there had been a 62% majority for remain. Earlier attempts to recognise the complexity of the territorial constitution and how that maps on to EU membership – such as Alex Salmond's proposed *four nation lock* where majorities would be needed overall and in each of Scotland, Wales, Northern Ireland and England in order to authorise Brexit – had failed and so one of the SNP's declared triggers to reopen the independence question had come to pass. Scotland would indeed be taken out of the EU against its will. It soon became clear too that devolved interests and input would be sidelined as successive Prime Ministers, Theresa May and Boris Johnson, increasingly took a unilateral UK Government approach to EU exit negotiations and adopted a highly centralised approach to reform of the UK's territorial constitution outside of the EU. On 13 March 2017, the then First Minister, Nicola Sturgeon, cited these two factors as justifying a second independence referendum by spring 2019, when, she said «*the terms of Brexit [would be] known…but before it is too late [for Scotland] to choose our own course*» and announced her intention to seek the Scottish Parliament's approval to agree with the UK Government the details of a section 30 order to make that referendum happen[66]. The response by the UK Government was swift and firm. The then Prime Minister, Theresa May, was emphatic that her government's priority was to «*[fight] for every person, every family, every business across the whole of the United Kingdom*» as her government «*embark[s] on the process of negotiating a new relationship with the European Union*» while her Secretary of State for Scotland doubted the «*public or political support for a such a referendum*» and said that the UK Government «*[would] not be entering into discussions or negotiations about a section 30 agreement*», and that, «*any request [to do so] at this time [would] be declined*»[67].

Undeterred, the SNP went into the 2019 UK General Election reinforcing the "*clear mandate*" for a second independence referendum drawn down from the 2016 Scottish Parliament election; claiming that an SNP majority of Scottish Westminster MPs would be a «*clear instruction by the people of Scotland that a new referendum on independence should be held*»; and projecting, on the back of such an election victory, that the referendum should take

[64] *The Conservative Party Manifesto 2015*, p. 30.
[65] D. CAMERON, *Scottish Independence Referendum statement.*
[66] N. STURGEON, *Second independence referendum: First Minister speech*, 13 March 2017, available at Second independence referendum: First Minister speech – gov.scot.
[67] D. STAUNTON, *Theresa May firmly says no to vote on Scottish independence*, in *The Irish Times*, 16 March 2017, available at Theresa May firmly says no to vote on Scottish independence – The Irish Times.

place in 2020[68]. On 19 December 2019, a week after the SNP won 48 out of 59 Scottish Westminster seats, the Scottish Government published *Scotland's Right to Choose: Putting Scotland's Future in Scotland's Hands*[69]. Here, the Scottish Government made the *democratic* case to put the question of independence back to the people of Scotland and made the *political* case why this should be done on a consensual and co-operative basis with the UK Government underpinned by express amendments made to the Scotland Act 1998.

The democratic case for a second independence referendum was based on three overlapping claims. First, an appeal to popular sovereignty: that the people of Scotland, as members of a multi-national Union based on consent, retain the right to determine their own constitutional future[70]. Second, an appeal to context: the "*material change of circumstances*" caused not only by Scotland leaving the EU against its will but also by what the process of leaving the EU had revealed about Scotland's status and voice in the UK[71]. Third, an appeal to democracy: a three-fold mandate drawn down from pro-independence majority of MSPs returned at the 2016 Scottish Parliament election; by the pro-independence majority of Scottish MPs returned at the 2017 and 2019 UK General Elections; and the majority vote in the Scottish Parliament on 28 March 2017 in favour of seeking a section 30 order and a second independence referendum[72]. Taken together these appeals underpinned the Scottish Government's central constitutional case for independence itself: the persistent democratic deficit in the governance of Scotland post-devolution[73]. Indeed, since 2019 the impacts of Brexit on devolution – with UK legislation in devolved areas or amending devolved competence repeatedly being enacted without the consent of the Scottish Parliament; with UK ministers repeatedly taking powers to act in devolved areas without consent; with the imposition from of UK internal market principles that undermine the effectiveness of validly enacted ASPs – have only strengthened the Scottish Government's resolve that «*there cannot be true self-government under a devolution settlement that retains Westminster's supremacy over the democratic will of the Scottish Parliament*»[74].

More interesting still was the political case made to place any second independence referendum on a sound legal footing. Given the UK Government's withering dismissal of the Scottish Government's requests to do so, and despite their view that a unilateral independence referendum Bill would already be within the Scottish Parliament's legislative competence, certainty about legality has been – to the chagrin of some in the independence

[68] *SNP Manifesto 2019*, p. 10.
[69] For analysis see C. MCCORKINDALE and A. Mcharg, *Constitutional pathways to a second independence referendum*, in *Scotland's New Choice: Independence after Brexit*, Edinburgh, Centre for Constitutional Change, 2021, ch. 1.
[70] SCOTTISH GOVERNMENT, *Scotland's Right to Choose: Putting Scotland's Future in Scotland's Hands*, 19 December 2019, available at Scotland's Right to Choose: Putting Scotland's Future in Scotland's Hands, pp. 7-9.
[71] *Scotland's Right to Choose*, pp. 14-18.
[72] *Scotland's Right to Choose*, pp. 12-13.
[73] *Scotland's Right to Choose*, p. 17.
[74] SCOTTISH GOVERNMENT, *Devolution since the Brexit referendum*, 14 June 2023, available at Supporting documents – Devolution since the Brexit Referendum – gov.scot, p. 16.

movement – of paramount importance to the Scottish Government's independence strategy. This is so for at least three reasons. First, because a second independence referendum held on an unambiguously lawful basis is the most likely route to secure losers' consent. The threat made by pro-Union parties to undermine, by boycotting, any second independence referendum would immediately lose its bite if that referendum was authorised by the UK Government or UK Parliament or by the UK Supreme Court. Second, because, as a matter of UK constitutional law, Scotland can only become independent with the agreement of the UK Parliament and following good faith negotiations with the UK Government about the fact and form of independence[75]. It would be much easier for the UK Government and the UK Parliament to ignore the results of a referendum to which they did not consent and the legality of which was contested. Third, it would be essential for a newly independent Scotland to achieve state recognition from the international community of states (including recognition by the UK) and from key international institutions such as the EU. This could only be achieved where the process of becoming independent was in accordance with domestic constitutional requirements. Independence would be dead on arrival on the international plane where there was significant doubt about the legality of that process. Legality matters, in other words, because it is the bridge between the expression of a desire for independence made at the ballot box and the birth of a new state built on solid foundations at home and ready to take its place in the wider international community. The Scottish Government's consistent concern for legality during this period, in other words, communicated its firm commitment to achieve effective statehood – even at the cost of time and control. It is no coincidence, surely, that the end of Nicola Sturgeon's mostly sure-footed period as First Minister coincided with her turn from the referendum to a direct mandate for independence negotiations derived from Scottish or UK Parliament elections as a Plan B that never would overcome these conditions of effective independence[76].

4. **From constructive ambiguity to legal certainty**

1. **The limits of constructive ambiguity**

In its 2021 Scottish Parliament election manifesto the SNP asserted the right of the people in Scotland – and «*not [the then Prime Minister] Boris Johnson or any Westminster government*» – to «*decide what sort of country [Scotland] should become after the pandemic*»[77]. Citing the threat to the NHS, Brexit and austerity cuts caused by successive Conservative UK governments, the SNP appealed to «*a Scotland based on compassion, equality and love*», that could be «*an equal partner in a new and better relationship with our friends in the rest of the UK*» and that – with powers accrued by achieving independence – could «*control [its] own economic policy, provide security*

[75] On this, see S. DOUGLAS-SCOTT, *Scottish Independence and the UK Government's Unreasonable Refusal to Negotiate*, Centre on Constitutional Change blog, 31 October 2022, available at Scottish Independence And The UK Government's Unreasonable Refusal To Negotiate. Centre on Constitutional Change.
[76] For a critique of Plan B see C. MCCORKINDALE and A. Mcharg, *Constitutional Pathways*, pp. 41-42.
[77] *SNP Manifesto 2021,* p. 12..

and take advantage of [its] vast economic potential to create high quality sustainable jobs»[78]. In order to achieve this, the Scottish Government published a draft Bill for an independence referendum with a pledge to introduce that Bill if the SNP was returned to government and if there was a simple majority in the parliament for independence[79]. At the election the SNP was returned to government, falling just short of a single party majority with 64. However, with the Scottish Greens committed to «*campaign and vote for a referendum within the next Parliamentary term*»[80] – and with the 8 seats won at the election – there was unambiguous majority support in the parliament to introduce an independence referendum Bill. A commitment to do so was formalised in the so-called Bute House Agreement – the Cooperation Agreement between the Scottish Government and the Scottish Green Party Group – that, inter alia, outlined how the Scottish Government and Scottish Green Party group of MSPs would work together during the session, the appointment of Green ministers, the policy areas that would be excluded from the agreement, the resolution of disputes between the parties and confidence and supply[81]. This included, in their shared policy programme, a commitment to «*secure a referendum on Scottish independence…within the [first half of the] current parliamentary session*»[82]. For the SNP, it would be "*undemocratic and unsustainable*" to ignore the will of the Scottish Parliament and either to refuse to put the legality of a second independence referendum beyond doubt by making a section 30 order or to let a Bill pass and to attempt to block its enactment by making a pre-enactment reference to the UK Supreme Court[83]. The Scottish Greens went one further: not only did they echo the SNP view that it would be "*politically unsustainable*" for the UK government to refuse to respect the will of a pro-independence majority in the Scottish Parliament but, and without further elucidation, they added that such a refusal could itself be subject to a legal challenge[84].

On 14 June 2022, and in the face of a continued refusal by the UK government to engage with the Scottish Government on the question of a second independence referendum[85], the then First Minister, Nicola Sturgeon, made a statement to the Scottish Parliament that confirmed the Scottish Government's intention to introduce an Independence Referendum Bill in the Scottish Parliament that would make provision for a referendum to take place on 19 October 2023. Invoking the late Canon Kenyon Wright's powerful invocation of the sovereignty of the Scottish people at the Scottish Constitutional Convention

[78] Ibid.
[79] Scottish Independence Referendum Bill 2022, available at Scottish Independence Referendum Bill.
[80] *Scottish Greens Manifesto 2021*, p. 51.
[81] *Draft Cooperation Agreement between the Scottish Government and the Scottish Green Party Parliamentary Group*, 20 August 2021, available at SG+SGP+-+Draft+Cooperation+Agreement+-+FINAL+-+OFFSEN.pdf.
[82] SCOTTISH GOVERNMENT AND SCOTTISH GREEN PARTY, *Draft Shared Policy Programme: Working Together to Build a Greener, Fairer, Independent Scotland*, 20 August 2021, available at SG+SGP+Talks+-+Draft+Policy+Programme+-+version+7+-+FINAL+-+OFFSEN.pdf, p. 6.
[83] *SNP Manifesto 2021*, p. 12.
[84] Ibid.
[85] T. GORDON, *Cabinet Office minister Michael Gove refuses to rule out legal action over Indyref2*, in *The Herald*, 10 May 2021.

– «*What if that other voice we all know so well [Thatcher's] responds [to the Convention] by saying, 'we say no [to devolution] and we are the state'? Well we say 'yes – and we are the people'*»[86] – Sturgeon was emphatic that, in the 2021 election, «*the democratic decision was clear*»: «*the people of Scotland said yes to an independence referendum*»[87]. As had been the case at least since 2010, the political case for independence was a progressive, social democratic, one: budget cuts, austerity, anti-trade union laws, the dilution of human rights and the end of freedom of movement within the European Union – all imposed on Scotland from the centre[88]. And, as had been the case at least since 2007, the SNP government's position was clear the legality of any independence referendum legislation must be beyond doubt. This was a matter of principle: «*respect for the rule of law [and respect for democracy]*," she said, "*means that a referendum must be lawful*»[89]. And, consistent with the position set out in 2019, it was a matter of practical reality: «*an unlawful referendum would not be deliverable*»; it would «*lack effect*»; it would «*not be recognised by the international community*»; and, so, «*it would not lead to Scotland becoming independent*»[90].

For Sturgeon, constructive ambiguity about the Scottish Parliament's legislative competence to enact an independence referendum Bill had run its course. To establish the legitimacy of any future referendum – to encourage good faith engagement even by those who opposed a referendum or who opposed independence – its legality «*must be established as a matter of fact, not just opinion*»[91]. To this end she committed, first, to write to the Prime Minister making clear that the Scottish Government stood ready to negotiate the terms of a new section 30 order. «*[T]hat*, she said, *would be the democratic way to proceed [and would be] based on [the 2014] precedent*»[92]. However, if (as proved to be the case) the Prime Minister was not willing to entertain a second independence referendum, the First Minister also set out the steps that the Scottish Government and the Lord Advocate would take to ensure the lawfulness of its proposed Scottish Independence Referendum Bill. In order to achieve certainty about whether the Bill would "*relate to*" the reserved matters of "*the Union of the Kingdoms of Scotland and England; and/or the Parliament of the United Kingdom*", the key action would be the first pre-introduction reference of a proposed Bill to the Supreme Court made by the Lord Advocate under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998.

2. **Towards clarity**

Certainty about the Scottish Parliament's legislative competence to enact its proposed Scottish Independence Referendum Bill was not only important for the outcome of that legislation: about whether a lack of certainty would undermine the legislation and there-

[86] Quoted in N. STURGEON, *2022 independence statement.*
[87] N. Sturgeon, 2022 independence statement.
[88] Ibid.
[89] Ibid.
[90] Ibid.
[91] Ibid.
[92] Ibid.

ainty was also necessary because the minister responsible for introducing a Bill in the Scottish Parliament must, on or before the Bill's introduction, make a statement of legislative competence; that is, must «*state that in [their] view the provisions of the Bill would be within the legislative competence of the Parliament*»[93]. It would be *ultra vires* the Scotland Act 1998 for the responsible minister to introduce a Bill where they could not, in good faith, make such a statement. The Scottish Ministerial Code tells us that this statement «*will have been cleared with the Law Officers*» (the Lord Advocate and the Solicitor General for Scotland)[94]. In practice, empirical interview-based research that I have conducted with Janet Hiebert has shown that ministers will defer to the judgment of the Law Officers[95]: that, in the absence of a Supreme Court ruling on the matter, the Law Officers' view is accorded a similar weight.

To allow for the section 31 statement to be cleared by the Law Officers, the responsible minister will share a draft Bill and a detailed note on legislative competence prepared by the Scottish Government Legal Directorate (SGLD) three weeks prior to introduction. This note will explain SGLD's view that a Bill would be within the legislative competence of the Scottish Parliament and will be the starting point of the Law Officers' own assessment. This will generally require iteration between the Law Officers and SGLD, typically where more explanation or clarity about SGLD's view is needed. On occasion, action might be required to amend the Bill before the Law Officers are prepared to clear the ministerial statement on legislative competence. Our research showed that when the Law Officers have spoken that is the end of the matter; that even when a minister is noticeably unhappy about the Law Officers' view, and/or where any necessary amendment to a Bill leaves a hole in an important policy, ministers will take that "*on the chin*"[96].

The Law Officers make their assessment of legislative competence based on their reading of the tests set out in the Scotland Act 1998 as interpreted (where relevant) by the Supreme Court applying a civil law (*balance of probabilities*) standard[97]. There are at least three factors that strengthen the Law Officers' positions during this iterative process. First, and as reiterated by the First Minister in her June 2022 statement, the Scottish Government is committed to the rule of law and will not govern irresponsibly in that regard by knowingly introducing legislation that would not be within the legislative competence of the Scottish Parliament. Second, our research showed that, were the Scottish Government to knowingly introduce legislation that would be outside of the Scottish Parliament's legislative competence, the Law Officers would see that as a resigning matter.

[93] Scotland Act 1998, section 31(1).
[94] Scottish Ministerial Code (2024 edition), available at Scottish Ministerial Code: 2023 Edition, para. 10.5 (n.b. this link is to 2024 edition despite the reference to 2023 in the link itself).
[95] On this, see C. MCCORKINDALE and J. Hiebert, *Vetting Bills in the Scottish Parliament for Legislative Competence*, in *Edinburgh Law Review*, vol. 21, n. 3, 2017, pp. 319-351, p. 332.
[96] Ibid.
[97] Ibid.

tation and to the legislation itself[98]. Third, as well as the role afforded to the Law Officers by the Scottish Ministerial Code at the start of a Bill's legislative journey, the Lord Advocate has a statutory power – exercisable during the four week period that begins with the passing of the Bill – to refer the question of whether a Bill would be within the legislative competence of the Scottish Parliament to the Supreme Court[99]. It would therefore be open to a Lord Advocate to make such a reference if a minister was to proceed to introduction without clearance by the Law Officers[100].

Set against this context, the experience of the Scottish Independence Referendum Bill makes for an interesting case study. First, because this was an extremely rare (likely, the only) occasion in which the Scottish Ministers and the Lord Advocate took opposite views as to whether a Bill would be within the legislative competence of the Scottish Parliament. As she made clear in her submissions to the Supreme Court, the Lord Advocate did not have the "*necessary degree of confidence*" that the Bill would not relate to a reserved matter to clear a ministerial statement of legislative competence[101]. Second, because this was an extremely rare (likely, the only) occasion when the Lord Advocate's was not the final word on the matter. Discussions continued between the First Minister and the Lord Advocate about whether Lord Advocate could be otherwise persuaded – but with no success. Third, because the Lord Advocate was persuaded by the First Minister to exercise her hitherto unused power to refer the question of legislative competence to the Supreme Court *prior to* the Bill's introduction as a *devolution issue* under paragraph 34 Schedule 6 to the Scotland Act 1998. She was so persuaded because of: the Scottish Government's democratic mandate drawn down from the 2021 Scottish Parliament election; the constitutional significance of the issue; the fact that the Bill raised a genuine issue of law that is unresolved; and, the importance of ensuring that the Scottish Government and the Scottish Parliament act according to law at all times[102]. For the First Minister, the risk that the Supreme Court would rule against the Scottish Parliament's legislative competence to enact the Bill was one that was worth taking: «*if*, she said, *that what the law establishing [the Scottish] Parliament really means, it is better to have that clarity sooner rather than later*»[103].

3. **Achieving certainty**

The first step to achieving legal certainty was to persuade the Supreme Court to take the reference in the first place. So, the Lord Advocate asked the Supreme Court two preliminary questions (1) whether the substantive question referred is a *devolution issue* such as to fall within the scope of paragraph 34 Schedule 6; and, (2) even if so, whether the Court should decline to determine the reference as a matter of its inherent discretion on the basis that is academic, hypothetical or premature.

---

[98] Ibid., pp. 332-333.
[99] Scotland Act 1998, section 33.
[100] C. MCCORKINDALE and J. Hiebert, *Vetting Bills*, p. 332.
[101] Lord Advocate's reference, para. 10.
[102] N. Sturgeon, 2022 independence statement.
[103] Ibid.

Paragraph 34 Schedule 6 enables the Lord Advocate (as well as the Attorney General, the Advocate General for Scotland and the Advocate General for Northern Ireland) to refer to the Supreme Court any "devolution issue" to the Supreme Court. Devolutions are defined in paragraph 1 as meaning a question:

- Whether an ASP or any provision of an ASP is within the legislative competence of the Parliament;
- Whether any function (which any person has purported or is proposing to exercise) is a function of the Scottish Ministers or Lord Advocate;
- Whether a purported or proposed exercise of a function by a member of the Scottish [Government] is, or would be, within devolved competence;
- Whether a failure to act by a member of the Scottish [Government] is incompatible with Convention rights;
- Or, and most relevant here, in paragraph 1(f), «*any other question about whether a function is exercisable within devolved competence or in or as regards Scotland any other question arising by virtue of this Act about reserved matters* [emphasis added]».

The court rejected a number of objections made by the Advocate General for Scotland – that the Lord Advocate's clearance does not «*arise by virtue of this Act*» but arises from the Scottish Ministerial Code[104]; that the section 31 (statements of competence on introduction) and 33 (law officers' references after a Bill's passage) would be undermined by allowing for a pre-introduction reference[105]; that an alternative and more narrow interpretation of paragraph 1 should be preferred[106]; and, that there should be no power to refer where the Law Officers are not themselves persuaded to clear a ministerial statement of competence[107] - and held that the substantive question did raise a devolution issue and therefore that the court could accept the reference. The court was persuaded that: the substantive question does arise by virtue of the Scotland Act (the section 31 requirement that the responsible minister must make a statement of legislative competence on the Bill's introduction)[108]; the existence of a pre-introduction reference is not incompatible with the section 33 (post-enactment) reference power[109]; that the terms of paragraph 1(f) are wide and intended to sweep up any questions arising from the Scotland Act relating to reserved matters that are not covered elsewhere[110]; and, that it is consistent with the rule of law and with the intention of the Scotland Act 1998 that the Lord Advocate should be able to obtain an authoritative judicial decision about legislative competence in advance of the introduction of a Bill[111]. Elsewhere, and before this reference has been made, I had argued that – within reason – the Law Officers could take a more permissive approach to the

[104] Lord Advocate's reference, paras. 15-16.
[105] Ibid., paras. 17-27.
[106] Ibid., paras. 28-42.
[107] Ibid., paras. 43-47.
[108] Ibid., para. 16.
[109] Ibid., paras. 21-27.
[110] Ibid., paras. 37-42.
[111] Ibid., paras. 44-46.

ministerial statement: that the Scotland Act 1998 put the statement in the hands of the minister; that the Law Officers retained the statutory power to refer a Bill to the Supreme Court if they had not been persuaded about legislative competence during the passage of a Bill; and that the pre-reference position created a de facto veto on the introduction of Bills that existed outside the four corners of the 1998 Act[112]. Others, impatient with legal barriers to the introduction of an independence referendum Bill, argued that the Scottish Government should appoint a more political Lord Advocate who was aligned with the SNP view about the legality of independence referendum legislation and who would clear a ministerial statement of competence on introduction[113]. The novel recourse to paragraph 34 Schedule 6 offered an elegant way out of the unique impasse between the Scottish Ministers and the Law Officers here. However, it is (in my view) unlikely that it will become an ordinary route for constitutional litigation. First, because the *perfect storm* of factors in play here – a Bill with a clear legal mandate; ambiguity about legislative competence; and, impasse between ministers and Law Officers – is a vanishingly rare phenomenon. The Scottish Independence Referendum Bill has been the only such example in the first 25 years of devolution. Second, because devolved governments (especially those of a Scottish nationalist complexion) are unlikely to want to be seen asking for the permission of the Supreme Court – a UK institution – to enact its legislation. Third, pre-introduction and section 33 references offer one shot to make the case for legislative competence directly at the Supreme Court. Devolved governments are more likely to take their chances defending post-enactment challenges where they arise. There they have the opportunity to refine and finesse arguments on the way up the appellate chain and in local courts that might be more receptive and sensitive to local context and factors.

Having persuaded the Supreme Court that the substantive question did engage a "*devolution issue*" such as to allow her to make a paragraph 34 Schedule 6 reference, the Lord Advocate also persuaded the Supreme Court that it should accept the reference; that it was neither hypothetical, academic nor premature[114]. Against the arguments made by the Advocate General for the UK Government – that any independence referendum Bill introduced in the Scottish Parliament might be different from the proposed Bill in front of the court, or might be amended during its passage; that without the policy memorandum and accompanying documents that accompany a Bill on introduction it might be practically difficult to identify the purpose and therefore the validity of this proposed Bill; and, that the Lord Advocate has the responsibility to make an assessment and not to "*treat [the Supreme Court] like a legal advice centre*"[115] (all of which the Supreme Court said might be "*compelling*" in ordinary circumstances) – the Supreme Court agreed with the Lord

[112] C. MCCORKINDALE, *The Lord Advocate's role in vetting bills for legislative competence*, UK Constitutional Law Association blog, 18 July 2022, available at Chris McCorkindale: The Lord Advocate's role in vetting bills for legislation – UK Constitutional Law Association.
[113] T. GORDON, *Kenny McAskill criticised for saying Lord Advocate an Indy "apostate"*, in *The Herald*, 5 August 2022.
[114] Lord Advocate's reference, para. 53.
[115] Ibid., para. 51.

Advocate that the present circumstances were exceptional in nature. The reference was made in order to obtain an authoritative ruling on a question of law with practical importance: the requirement on the Lord Advocate to clear the ministerial statement on legislative competence; the answer to the reference would have practical consequences: whether the Bill would be introduced or not; the reference relates to a proposed Bill that would be introduced, in the same form as it appeared before the court, if held to be within legislative competence; the purpose and effect of the Bill are apparent without recourse to the policy memorandum and other accompanying documents; the clear and concise nature of the relevant provision gave confidence to the Court that it would not be amended during the Bill's passage; therefore it was unlikely that a section 33 reference would be needed in order to deal with materially different questions of legislative competence; by making the reference the Lord Advocate was acting responsibly and in the public interest. For these reasons, the court accepted the reference[116].

Such was the journey from the 2014 referendum to the 2023 non-referendum; from constructive legal ambiguity to legal certainty that the substantive provision of the proposed Scottish Independence Referendum Bill *would* relate to the reserved matters of (i) the Union of the Kingdoms of Scotland and England and (ii) of the Parliament of the United Kingdom[117]. There is no longer doubt – no longer room for debate – that the Scottish Parliament's legislative competence to pass an independence referendum Bill is contingent upon the further transfer of legal power from (and therefore renewed political will at) the centre.

5. **Conclusion: ambiguity resolved, ambiguity returns**

We can usefully separate the political and legal conditions in which the independence referendum Bill debate has taken place into distinct stages. From 2007 to 2011, when the SNP formed a (minority) government for the first time, there were insurmountable political obstacles to the SNP introducing an independence referendum Bill (the absence of a pro-independence majority and of any appetite to test the question by the UK Government) and legal disagreement about whether any such Bill would be within the legislative competence of the Scottish Parliament. From 2011 to 2014 there was political agreement between the Scottish and UK Governments about the SNP majority government's mandate to hold an independence referendum and constructive legal ambiguity about whether the agreed section 30 order was necessary or convenient in order for that referendum to take place and to be fair, legal and decisive. From 2014-2022 there was political disagreement (on the part of the UK Government that the 2014 referendum was a "once in a generation" event and that – in the face of Brexit and Covid-19 challenges - "now [was] not the time" to revisit the independence question; on the part of the Scottish Government that Brexit amounted to a material change of circumstances since 2014 and that successive pro-independence majorities at Scottish Parliament and UK general elect-

[116] Ibid., paras. 53-54.
[117] Ibid., para. 92.

ions (in Scotland) provided the democratic mandate for a second referendum) and legal debate about the Scottish Parliament's legislative competence to hold a referendum in the face of UK Government intransigence. In 2022-23 there was political entrenchment (on the part of the UK Government that the constitutional question had been settled in 2014; on the part of the Scottish Government that there would be a second referendum in October 2023) and – in the end – legal certainty about legislative competence.

With one pathway definitively closed, and another – via a section 30 order – unlikely to open, the First Minister initiated Plan C: to pursue independence directly at the ballot box, framing the next UK general election in Scotland as a 'de facto' referendum on Scottish independence[118].

The risks were obvious. Achieving an unprecedented 50%-plus of the (Scottish) vote at a UK general election was always going to be a tall order – even a near SNP whitewash in 2015 fell just short at 49.97% of Scottish votes. More fundamentally, it appeared to be a reckless move from a government that for so long had been sure-footed in its call for a negotiated referendum as the "gold standard": the surest way to secure losers' consent, good faith negotiations with the UK government and international recognition. As it was, the election was a setback for the SNP who won just 9 seats (down 39 from the previous election) and who won just 30% of the vote in Scotland (down 15%).

For the UK government's part, the former (Conservative) Secretary of State for Scotland, Alister Jack, had said in office that there remains a constitutional pathway to a second referendum. However, the test that he articulated – "the duck test": "if it looks like a duck and it sounds like a duck and it waddles like a duck, it's probably a duck" left much to the constitutional imagination. Whatever the test – majority support? by and for whom? to what level? for how long? expressed in what way? through which forum(s)?) – Jack said, «we don't believe we've reached it now»[119]. The (Labour) Prime Minister, Keir Starmer, has been equivocal too, saying only that he «can't imagine» a referendum being authorised during his Premiership and that no one has raised independence with him as a priority instead stressing his discussions with the SNP First Minister, John Swinney, about «jobs, energy, security and dealing with the cost of living»[120].

As the political campaign for independence turns to the task of achieving a majority position in favour (and the pro-independence side might find some comfort in recent polling on the question), the constitutional question has shifted focus. If not the conditions set out

[118] A. LEARMOUTH, *Nicola Sturgeon to push ahead with plans for "de facto" referendum,* in *The Herald*, 23 November 2022.
[119] A. LEARMOUTH, *Alister Jack sets out "duck test" for second independence referendum*, in *The Herald* 28 November 2022.
[120] *Starmer says no independence referendum while he is PM*, BBC News, 3 June 2025, available at Starmer says no independence referendum while he is prime minister – BBC News.

by the Scottish Government between 2014 and 2022, what are the conditions that might trigger a second referendum?[121]

There will be no return to the courts here. The Court of Appeal in Northern Ireland has already rejected any requirement on the part of the Secretary of State for Northern Ireland to set out the circumstances that would trigger a border poll on the territory's constitutional future, citing the «constitutional value of flexibility» and the need to exercise «political judgment in the context of differing and unpredictable events». The Supreme Court might have provided legal certainty in 2022. However, we have been thrown back on a new set of ambiguities: political ambiguity about the conditions that might trigger a fair, legal and decisive referendum and legal ambiguity about whether and how those conditions might be agreed upon and established in law. After all, one government's duck is another government's rabbit.

[121] For a particularly constructive contribution see K. DUGDALE and S. Noon, *Scotland and the Constitution: Agreeing a way forward*, Glasgow, Centre for Public Policy (University of Glasgow), 2024, available at REPORT – Scotland and the Constitution: Agreeing a way forward.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-380

costituzionalismo britannico e irlandese

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

Autonomy and sovereignty in tension: Scottish constitutionalism and the challenges of independence a decade on from the referendum

Rita Carbonara
Master's Degree in Law, University of Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Autonomy and sovereignty in tension: Scottish constitutionalism and the challenges of independence a decade on from the referendum**

di Rita Carbonara*

Abstract (Ita): Il presente contributo mira ad analizzare l'evoluzione dell'indipendentismo scozzese, con particolare attenzione al periodo post-Brexit. A tal fine, l'analisi rintraccia le criticità caratterizzanti i rapporti fra Regno Unito e Scozia, oltre che le inconciliabilità giuridico-culturali che favoriscono l'intensificarsi delle tensioni reciproche. Si prendono in considerazione la contrapposizione fra il principio della sovranità parlamentare, alla base del costituzionalismo inglese e quello della sovranità popolare, caposaldo della tradizione giuridica scozzese, per poi contestualizzarli nell'ambito delle pietre miliari nell'evoluzione delle tendenze indipendentiste: il referendum del 2014, lo sviluppo di numerosi progetti di costituzione in vista di una potenziale indipendenza e, infine, il recesso del Regno Unito dall'UE con le conseguenti reazioni sorte in Scozia. Dalla ricerca emerge la presenza di limiti legali che formalisticamente impediscono il raggiungimento di una secessione scozzese, in contrapposizione ai quali si pongono delle dinamiche politiche che non cessano di favorire l'indipendenza, generando così una tensione il cui andamento è destinato ad intensificarsi e sedarsi periodicamente.

Abstract (Eng): This paper aims to analyze the evolution of the Scottish independence movement, with particular attention to the post-Brexit period. The analysis identifies the key challenges in the relationship between the United Kingdom and Scotland, as well as the legal and cultural incompatibilities that have contributed to growing tensions. It explores the contrast between the principle of parliamentary sovereignty, which underpins English constitutionalism, and the principle of popular sovereignty, a cornerstone of the Scottish legal tradition. These concepts are then contextualized through key milestones in the development of the independence movement: the 2014 referendum, the drafting of various proposed constitutions in anticipation of a potential independence, and, finally, the UK's withdrawal from the European Union and the subsequent reactions in Scotland. The research highlights the existence of legal constraints that formally hinder Scottish secession, set against ongoing political dynamics that continue to fuel the push for independence, thus generating a recurring tension likely to intensify and ease over time.

Parole chiave: Indipendenza Scozzese; Devoluzione Scozzese; Referendum

Keywords: Scottish Independence; Scottish Devolution; Referendum. TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction and Methodological Approach; 2. Parliamentary Sovereignty and Scotland's Role in the British Devolved Framework; 3. Tracing the Path to Scottish Independence; 4. The 2014 Referendum and the Constitutional Proposals: The Seeds of Independence; 5. The Brexit Effect: Catalyzing Independence?; 6. Building a New Scotland: Yousaf's Proposal; 7. Conclusions

Table of contents: 1. Introduction and Methodological Approach; 2. Parliamentary Sovereignty and Scotland's Role in the British Devolved Framework; 3. Tracing the Path to Scottish Independence; 4. The 2014 Referendum and the Constitutional Proposals: The Seeds of Independence; 5. The Brexit Effect: Catalyzing Independence?; 6. Building a New Scotland: Yousaf's Proposal; 8. Conclusions.

1. Introduction and Methodological Approach

Approximately ten years ago, on 18th September 2014, the epochal referendum on Scotland's independence, later defined as a *«once in a generation opportunity»*, took place, marking a crucial step in the history of the United Kingdom and bringing the question of

** This contribution has undergone a double-blind peer review process.

* Master's Degree in Law, University of Bari Aldo Moro

Scotland's constitutional future to the forefront of political discourse. If the original aim of *Indyref* was to put an end, or at least stabilize the debate around Scotland's independence, the last decade has shown that such topic remains as alive as ever.

This paper aims to identify the core of Scottish independentism, both on a historical and political level and retrace its development, focusing on the post-devolution and post-Brexit scenario. The stark cultural contrast between Scotland's and England's legal traditions, based respectively on popular and parliamentary sovereignty, will be analyzed to highlight the Scottish struggle to affirm a national identity and evaluate the nucleus at the base of independentism. Furthermore, key events in the fluctuating path towards independence will be examined. This will provide an extensive understanding on how the Scottish longing for more autonomy has evolved, especially in the context of the UK's withdrawal from the EU. In this sense, the 2014 referendum, the constitutional proposals which have been characterizing Scottish constitutionalism since the late 1900s, as well as Brexit and its catalyzing effect, will be critically assessed.

The analysis will be pursued adopting a methodology which combines legal and political approaches, with historical hints to provide a contextualized evaluation.

From a legal perspective, constitutional texts, legislative acts and relevant judicial decisions, as well as secondary sources, will be examined with an eye to defining the framework of devolution and the relationship between Scotland and the UK.

Politically, the paper will draw on qualitative analysis of party manifestos and policy documents with a focus on the rhetoric and strategies employed by the Scottish National Party (SNP).

This dual approach will allow to gain a comprehensive understanding of both the legal constraints on independence and the political dynamics that have led to its evolution. Furthermore, it will offer insights into how likely it is to conceive Scotland's secession in the near future and what are the potential constitutional premises and consequences of such scenario.

2. Parliamentary Sovereignty and Scotland's role in the British devolved framework

The United Kingdom's constitutional order is known to be enrooted in three main cornerstones: parliamentary sovereignty, the rule of law and constitutional conventions.

The first of these finds its fundamental and most authoritative theorization in A.V. Dicey "orthodox doctrine". Despite the doubts regarding the theory's applicability in the modern constitutional scenario and the intense discussions around it, the *diceyan* perspective still represents the conceptual and academic foundation of new law school students in relation to the matter of parliamentary sovereignty.

For the sake of completeness, it is essential to make a brief reference to the definition of this principle. According to the British jurist, such principle *«means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English Constitution, the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament»*[1].

[1] A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1959, pp. 39-40.

Consequently, parliamentary sovereignty would be composed of a positive and a negative limb, thus making the UK Parliament axiomatically sovereign and omnicompetent in the British legal and constitutional system.

However, a segment of the academic community holds the view that, to define the concept of parliamentary sovereignty, the doctrinal source represented by the *diceyan* perspective should stand alongside with an additional political source: specifically, the political events that shaped the seventeenth century and led to the 1688 revolution. These played a pivotal role into structuring parliamentary sovereignty[2], as well as put an end to the power conflict between the House of Lords, the House of Commons and the Monarch. Following the revolution and civil war, a new "political contract" was struck and materialized in the Bill of Rights: the Parliament gains a superior constitutional status to the Monarch, whose powers are limited. This meant that *«the Monarch and Ministers would govern the country according to Laws defined by Parliament. And if Parliament changed the law, the Monarch's government would have to respond accordingly»*[3].

Having outlined the classical concept of parliamentary sovereignty, it is natural, within the scope of this paper, to question how this relates to the British devolved system, especially in regards to Scotland, and what challenges it had to face throughout the years and centuries.

The answer to the first doubt lays on the premise that the concept of parliamentary sovereignty is not strictly Scottish, as it was born in England, not in Great Britain[4]. In actual fact, Scotland possesses a distinct constitutional tradition, which challenges absolute parliamentary sovereignty by prioritizing the idea that the people of Scotland are sovereign[5], idea which is deeply embedded in the Claim of Right 1989[6]. As a consequence, it has been noted that prior to the glorious revolution of 1688, given the different constitutional foundations and the existence of two separate parliaments, the main commonality between the two regions was the mere fact that they "shared" a King (James VI of Scotland became James I of England)[7].

The Treaty of Union brought a substantial shift in this scenario by affirming the predominance of parliamentary sovereignty over the non-English constitutional traditions.

There are several theories which attempt to explain how this historical principle developed and adapted to the new legal and political context emerged after the Treaty of

[2] I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights: A critical introduction*, Oxford, Oxford University Press, pp. 21-24.
[3] I. Loveland, *op. cit.*
[4] This will come to life only in 1707, with the Treaty of Union.
[5] The factual significance of Scots' sovereignty emerges later in Scottish history as this conception will be used as the base of the Muirhead constitutional proposal whose opening line is: «*Scotland is a free, independent, democratic nation, the power to rule being vested in the Scottish people and exercised by them through a National Assembly appointed by a free vote of its citizens*».
[6] Scottish Government, *Building a New Scotland: Creating a modern Constitution for an independent Scotland*, Constitution Directorate, Edinburgh, June 2023 in https://www.gov.scot/publications/building-new-scotland-creating-modern-constitution-independent-scotland/pages/5/.
[7] I. Loveland, *op. cit.* pp. 22-24; C.R. Munro, *Scottish Devolution: Accommodating a Restless Nation*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 1998/99, Vol. 6, No. 1/2, pp. 97-119.

Union, with supporters of the orthodox theory claiming that the Scottish Parliament was taken over by the English one.
According to another view, what happened should be seen as a "merger" rather than a takeover.
A third perspective sees the Treaty of Union not as a merger of two states, but the creation of a new country[8]. Nevertheless, as the union between the two countries was based on consent, it is generally unclear why English parliamentary sovereignty should prevail[9].
As Bulpitt notes *«the Unions of 1707 and 1801 came too late to absorb the peripheries but too early for coherent doctrines of either federalism or a unitary state»*[10]; meaning that the union's historical circumstances did not allow the absolute dominance of the English constitutional foundations, nor the clear maintenance and guarantee of the non-English one, creating a situation characterized by tension and constitutional overlapping.
The matter regarding the challenges this principle had to face throughout its evolution is strictly interwoven with the devolved system and the circumstance that parliamentary sovereignty was not *«designed for a modern, democratic society»*[11].
It is well-established that among the events which weakened the historical cornerstone, at least in its absolute nature[12], are the European Communities Act 1972 (ECA 1972) and the Human Rights Act 1998 (HRA 1998), which blatantly limit Westminster's powers[13] owing to the legal implications stemming from the EU membership[14] and incorporation of the European Convention on Human Rights[15].
Finally, and more relevantly to the matter explored in this analysis, it is necessary to mention the three 1998 Acts devolving measures of power to Scotland, Wales and Northern Ireland, which represent the culmination of decades of political debates and gained legitimacy through popular referendums.
Specifically, the Scotland Act 1998 fostered a fundamental shift into Scottish «sovereignty». In fact, previously Scotland did not possess its own Parliament and based on a centralized parliamentary system, Westminster held exclusive power over all policy

[8] I. Loveland, *op. cit*. pp. 38.
[9] S. Douglas-Scott, *Brexit, Union and Disunion, The Evolution of British Constitutional Unsettlement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023.
[10] J. Bulpitt, *Territory and Power in the United Kingdom: An Interpretation,* Manchester, Manchester University Press, 1983, as cited by M. Keating, *State and Nation in the United Kingdom: The Fractured Union*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 24.
[11] J. Bulpitt, *op. cit.*, pp. 42.
[12] For a thorough examination of the causes which undermine parliamentary sovereignty see A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *Diritto Pubblico ed Europeo Comparato*, special issue/2019.
[13] Those who reject the view that Parliament's sovereignty is being progressively eroded, argue that without the will of the legislative, these Acts would have not been passed. If this view is formally flawless, substantially it is difficult to hypothesize that Westminster would not adjust to international trends in order to safeguard its absolute sovereignty. It is in this kind of matters that the almost anachronistic character of parliamentary sovereignty emerges.
[14] Prof. Douglas-Scott highlights that the EU membership, according to a post-sovereigntist view, led to a situation in which sovereignty is shared with supra-State, sub-State, and trans-State systems. See S. Douglas-Scott, *op. cit*.
[15] M. Elliott, *Legislative supremacy in a multidimensional constitution* in Id., D. Feldman (eds.), *The Cambridge Companion to Public Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

y used to be exercised through a member of the UK cabinet, the Secretary of State for Scotland, who managed the Scottish Office, which was responsible for implementing UK policies in Scotland.

The Scotland Act 1998 established the (new) Scottish Parliament, whose members are separately elected, devolving legislative power over numerous domestic matters. In addition to this, it set up a Scottish executive[16].

Practically, the devolved system stemming from the aforementioned legal framework allows the Scottish Parliament to make decisions on certain *devolved matters*[17] without needing Westminster's approval, while the UK Parliament still makes decisions for the whole Kingdom in the so-called *reserved matters*.

While representing a weakening factor for parliamentary sovereignty, it is clear that the institution of the devolved system attempted to accommodate both the political demands for regional autonomy and give value to growing national identities.

Nevertheless, it has been contested that, despite the noble intentions, no significant autonomy has been accorded, in practice, to the devolved countries. The consequence would be an even more problematic tension between parliamentary sovereignty and regional autonomy.

Two points have been made in support of this thesis.

Firstly, it has been argued that devolution was structured in a way to preserve parliamentary sovereignty. If, on the one hand the distinction between reserved and devolved matters has been made, on the other hand, the Parliament has still, theoretically, the power to legislate on any matter, even those devolved. The Sewel Convention represents a practical limitation to this theoretical circumstance, as it establishes that the UK Parliament will not normally legislate with regard to the devolved matters without the consent of the devolved parliaments[18]. However, it must be noted that, although being translated into legislation through the Scotland Act 2016 and the Wales Act 2017, it was considered to be, by the UK Supreme Court within the Miller case[19], a mere constitutional convention, therefore not legally enforceable.

Secondly, it has been highlighted that despite the referendum's results in Scotland and Northern Ireland[20], the devolved nations had no role in the withdrawal proceeding defined by art. 50 TEU, meaning that these regions' constitutional interests were not safeguarded[21].

Another important challenge to parliamentary sovereignty is exemplified by *«the best-known Scottish case on constitutional law»*[22]: MacCormick v Lord Advocate[23].

---

[16] C.R. Munro, *op. cit.*

[17] Scottish Parliament, https://www.parliament.scot/about/how-parliament-works/powers-of-the-scottish-parliament.

[18] S. Douglas-Scott, *op. cit.*, pp. 17-18.

[19] *Miller* v. *Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

[20] The UK as a whole, voted to leave. However, 62% of Scotland's voting electorate voted to stay, as well as 52% of Northern Irish voters.

[21] S. Douglas-Scott, *op. cit.*

[22] G. Little, *A flag in the wind, MacCormick v Lord Advocate*, in J.P. Grant, E.E. Sutherland (*eds.*), *Scots Law Tales*, Dundee, Dundee University Press, 2010.

[23] MacCormick v Lord Advocate 1953 SC 396.

This case revolves around the title adopted by the late Queen Elizabeth II on the occasion of her accession to the throne. The name choice was perceived as offensive by many Scots for the following reasons. There had never been an Elizabeth the First of Scotland, nor of the United Kingdom owing to the fact that, as mentioned, the Union of Scotland and England took place only in 1707. Given that the only Elizabeth the First ever existed was Elizabeth the First of England, the chosen title suggested that the union of 1707 had provoked the assimilation of Scotland into England. Based on these premises, Scottish Nationalist John MacCormick used the Parliament's assent to the Queen's title as the instrument to argue that A.V. Dicey's doctrine of parliamentary sovereignty, while being an English historical and constitutional element, did not belong to Scotland's legal tradition[24].

MacCormick's reasoning in support of his argument was consistent: for Dicey, it was indubitable that the orthodox doctrine that applied to the UK Parliament, found its roots into the pre-union English Parliament, which had been abolished along with the Scottish one, following the Treaty of Union. As a contextual detail, it shall be noted that in the 1950's, Dicey's doctrine was widely accepted as a quintessential element of the UK Constitution, implicitly meaning, in MacCormick's view, that the pre-union English Constitution was applied in Scotland in spite of its totally distinct constitutional history and legal system[25].

MacCormick claimed that given its pre-union nature, the doctrine should not apply in Scotland and that the UK Parliament would find the source of its power not in Dicey's theory, but in the Treaty of Union.

These arguments were heard on appeal by the Court of Session and despite being rejected, Lord Cooper's *obiter* statement was crucial. He pointed out that the concept of parliamentary sovereignty is distinctively English, rather than Scottish and accepted the Treaty and Acts of Union as «fundamental law»[26].

The challenges parliamentary sovereignty had to face, both on a domestic and international level and the difficulties in finding a balance with the devolved regions' need to develop their national identities and autonomy, highlight the weakening of this historical constitutional cornerstone and its progressively anachronistic connotation. After all, despite the efforts to depict it as essential and immutable in the British constitutional framework, it cannot be expected that a principle that dates back to centuries ago can perpetually work without any alteration, especially in an evolving constitutional scenario which has already seen and will deal with challenges that could have never been predicted at the time in which parliamentary sovereignty was born.

With regard to Scotland's role in this context, it is clear that the tension between the UK Parliament's sovereignty and Scottish autonomy has characterized the political debates since the very beginning of the British Union. Until now, despite a definitive resolution has not been found, compromises have shown to subdue potential contrasts between Scotland and the UK government/ Parliament. A Scottish Parliament and government

[24] G. Little, *op. cit.*
[25] *Ibidem*.
[26] *Ibidem*.

have been established, the Sewel Convention, apart from the recent controversies, seems to work fairly well and an independence referendum has been called in 2014. However, the conflicts between Westminster and Scotland following Brexit, such as the limitation of Scotland to legislate in certain fields[27] and the debate around the rejection of a new Scottish independence referendum, raise the doubt as to which previous agreements represent just unilateral decisions from Westminster masked as compromises[28]. What is certain is that there is no way to predict the seesawing evolution of the relationship between parliamentary sovereignty and Scottish autonomy: there is not a more legitimate or valid principle than the other, especially given the distinct constitutional traditions which compose the United Kingdom. Maybe what should be questioned is: what should prevail and why?

3. **Tracing the Path to Scottish Independence**

Once the problematic relationship between parliamentary sovereignty and Scottish autonomy has been outlined, it is possible to analyze the Caledonian attempts at affirming Scotland's constitutional identity and independence.

Nonetheless, it shall be noted that these efforts became serious only by the end of the twentieth century[29]. In fact, *«although Scottish culture did feature a consistent wistful romantic criticism of the Union as a bargain orchestrated by England using economic and diplomatic coercion, the hegemonic view of the Union as a beneficial contractual arrangement was not placed under serious pressure until the late twentieth century»*[30].

The most significant milestones in the fluctuating path towards autonomy and potential independence include: the 2014 referendum, the development of various constitutional proposals, the advent of Brexit and Scotland's response to it, and the proposal for a written Constitution for an independent Scotland presented by Scotland's First Minister Humza Yousaf in the Summer of 2023.

A pivotal role in this scenario was undoubtedly played by the Scottish National Party (SNP), founded in 1934 and characterized by the purpose of establishing progressively stronger forms of Scottish self-government[31]. Its popularity did not rise until the 1970s, when the crisis which struck the Labour and Conservative governments due to the economic challenges emerged in those years, led voters to manifest their dissatisfaction through the voting of this third party. In 1974 the SNP, with its objective to solve Scotland's economic crisis through a decentralization-based model of government, gained 30 per cent of the Scottish vote in the general election with 11 MPs. Nevertheless, it was

[27] The UK Internal Market Act 2020 has limited Scotland's power to legislate in certain fields, such as those related to agriculture and the environment.

[28] B. Jackson, *The Irresistible Rise of Scottish Independence? A Brief History of Scotland's Constitutional Debate*, *Discover Society: New Series*, n. 1 vol. 2, 2021, pp. 5.

[29] Before this moment, the Treaty of Union managed to keep its reputation as an agreement which allowed Scotland to preserve its national religious, legal and educational institutions in exchange of merging its Parliament with that of England and Wales. B. Jackson, *op. cit.*

[30] B. Jackson, *op. cit.*, p. 2.

[31] As claimed by B. Jackson, the SNP has always been known to have adopted a "gradualist" strategy for Scottish Independence. Within this strategy, the creation of a Scottish parliament and devolution, represented necessary steps aimed at Independence.

only in 2011 that the SNP obtained the majority in the Scottish parliament elections, followed by the clear mandate to hold a referendum on the independence of Scotland[32], essential part of the SNP's manifesto and core pledge. The 2014 referendum undoubtedly represents the peak of Scottish Independentism, as well as the nearly complete realization of the SNP's goal and guiding principle.

4. The 2014 referendum and the constitutional proposals: the seeds of Independence

Not only is the abovementioned referendum the result of increasing demands for independence, but it also reflects *par excellence* the problematic relation between the UK and Scottish governments. The SNP's "Yes Scotland" campaign reveals this aspect, as it was based on the aim of gaining economic control, social policies tailored to Scotland and finally achieve full autonomy from Westminster's governance. To the referendum question "should Scotland be an independent country?", 55.3% of voters answered "No" against 44.7% of "Yes". This epochal event, which will be later defined as a "once in a generation opportunity", registered the record-high 84.6% voter turnout and, despite the "failure" of the SNP's manifesto promise, it represents, in any case, an historical step towards more autonomy.

Among the referendum's consequences there is not only the obvious fact that Scotland would stay part of the UK, but also the giving of extra powers to Scotland in the Scotland Act 2012 and 2016. These acts were the result of the so-called "vow", namely the promise by the leaders of the three main UK political parties, prior to the referendum vote, to give additional powers to Holyrood, should Scotland vote to remain part of the UK[33].

In addition to this milestone event, another relevant factor to consider is the development of constitutional proposals, which has characterized the Scottish constitutional and political debate since the 1960, still representing a central point of discussion nowadays. A brief analysis of these constitutional projects is essential to trace the evolution of Scotland's path to autonomy and independence, as they accurately depict the call for autonomy throughout the years up until to this day.

In a constitutional framework whose identifying feature is an unwritten, flexible and stratified Constitution, the Scottish constitutional proposals, always considered an essential step to gain independence, and the consequent attempt to adopt a civil law model, highlight the will to distinguish from the British constitutional archetype not only on a substantial level (through a potential independence) but also on a mere formal level[34]. Given these scopes, it is easily comprehensible why the SNP, since the beginning of its activity has developed constitutional proposals for Scotland. The first project, elaborated by the Scottish

[32] B. Jackson, *op. cit.*, p. 4.

[33] *Democracy in Scotland, 2014 Scottish independence referendum*, BBC, available at https://www.bbc.co.uk/bitesize/guides/zxc6fg8/revision/3 retrieved 22 February 2025.

[34] M. Dicosola, *I progetti scozzesi di Costituzione scritta, tra continuità e innovazione*, in A. Torre (*ed.*), *Il Regno è ancora unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, p. 118.

Provisional Constituent Assembly[35], under the direction of Russel Muirhead was published in 1964. The focal point of this proposed Constitution was, as previously mentioned, the idea that sovereignty had to belong to Scottish people, both in regards to the decision of adopting a constitution and to the chosen ways to develop the constitutional document's content. However, the conservative centralization policy which characterized the 1960s and 1970s temporarily blurred the purpose of Scottish autonomy and independence[36].

In 1997 the same proposal was updated by MacCormick, founder of the SNP along with Muirhead, in order to participate to the new debate around devolution. In the same year, the referendum on devolution shaped a new decentralized scenario which led, in 2002, to the development by the SNP of a "Constitution for a Free Scotland".

In 2005, the Scottish Constitutional Commission[37] was founded and put in charge of developing a constitutional proposal.

This ambitious goal laid on *«three theoretical axioms and four objectives»*[38] as expressly stated on the Commission's website.

The theoretical basis is clear: once again, the principle of people's sovereignty is stressed, in stark contrast with the English concept of *Queen-in-Parliament.* The necessity of a written Constitution which both guarantees rights and limits the state institutions' powers, duties and responsibilities is highlighted. Additionally, it is emphasized that democracy needed to be based not only on procedures but also on civil, human and democratic values[39].

The four objectives which the Constitutional Commission aimed to formalize in a written text are coherent with the abovementioned theoretical axioms.

The development of a written Constitution allowed to permanently abandon Westminster model as well as legitimized a new Scottish State. Thirdly, a written constitutional document, distinct from ordinary laws, represented the natural foundation for popular sovereignty and finally, it allowed to adjust to the constitutional standard of all other European countries.

Taking into consideration the previous constitutional proposals, the Scottish Constitutional Commission's *Model Constitution* was put forward in 2011[40].

One of the latest proposed Constitutions was developed in the abovementioned tense scenario of *Indyref*, where the proposal was attached to the Scottish Independence Bill 2014[41].

---

[35] The Assembly was launched by the Scottish National Congress, a Scottish nationalist campaign group, which was founded in 1950 and dissolved shortly after the development of the proposed Constitution.

[36] M. Dicosola, *op. cit.*

[37] The Scottish Constitutional Commission replaced the Scottish Constitutional Convention, which was originally created with the purpose of elaborating and proposing areas of competence for the Scottish Parliament.

[38] *Ibidem.*, p. 120.

[39] *Ibidem.*

[40] For a thorough analysis of the 2011 Model Constitution see W. Elliot Bullmer in association with Constitutional Commission, *A Model Constitution for Scotland: Making Democracy Work in an Independent State*, Edinburgh, Luath Press, 2011.

[41] The Scottish Independence Bill is available at https://consult.gov.scot/elections-and-constitutional-development-division/scottish-independence-bill/consult_view/ retrieved on 5 March 2025.

The Bill was a draft piece of legislation prepared by the Scottish Government in anticipation of Scotland voting for independence; it provided an interim Constitution and provisions for the drafting of a permanent one.

The abovementioned proposed Constitutions were developed over a span of roughly 50-years and align closely with Scotland's constitutional tradition. In fact, while each proposal is distinct and the most recent ones are undoubtedly more structured and complete, their core constitutional principles have remained consistent.

In each proposal the concept of popular sovereignty represents the focal point.

The 1964 constitutional proposal clearly states that *«Scotland is a free, independent, democratic nation, the power to rule being vested in the Scottish people and exercised by them through a Nation Assembly appointed by a free vote of its citizens»*[42]. The Constitution for a free Scotland underscores popular sovereignty in its opening article, expressly pointing out that *«the sovereignty of the Scottish people is hereby declared»*[43].

In the 2011 Model Constitution first article Scotland is defined as *«a free sovereign and independent Commonwealth. Its form of government is a parliamentary democracy based upon the sovereignty of people, social justice, solidarity and respect for human rights»*[44]. Finally, the Scottish independence Bill 2014 explicitly declared that *«in Scotland the people are sovereign»*[45].

The intrinsic and deep will to affirm Scottish popular sovereignty and abandon Westminster's model is incontrovertible in these documents, which once again show the critical relation between a compromised autonomy and the UK Parliament's sovereignty.

This unresolved tension raises doubts in regards to Scotland's right to self-determination, (especially due to an unclear constitutional framework for secession) a possible democratic deficit[46] and future scenarios in regards to the matter: what does the future of Scotland have in store? Further legal battles over a referendum, political negotiations, deeper forms of devolution?

Therefore, if on the one hand, the era in which *«for most constitutional lawyers, the United Kingdom was a unitary state, based on an uninterrupted parliamentary tradition, with the peripheral territories tacked on over time»*[47] is progressively coming to an end, on the other hand, the matter of internal self-determination and democratic representation have become more and more current and ambivalent topics.

The significance of the democratic issue emerges in the longing for a democratic governance, additional factor which all the proposed Scottish constitutions share. Despite all

[42] A draft Constitution for an Independent Scotland, prepared by the Scottish Provisional Constituent Assembly, art. 1, as cited in M. Dicosola, *op. cit.*

[43] SNP Policy Paper "*A Constitution for a Free Scotland*" dated September 2002. This publication is publicly available free of charge from the SNP website, www.snp.org.

[44] A Model Constitution for Scotland, art. 1, available at https://dissentingradical.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/04/scotland_2011.pdf, retrieved on 5 March 2025.

[45] Scottish Independence Bill 2014, art. 1 available at https://consult.gov.scot/elections-and-constitutional-development-division/scottish-independence-bill/consult_view/, retrieved on 5 March 2025.

[46] England represents 84% of the UK population. As a consequence, electoral outcomes in Scotland seldom influence the overall results of UK general elections. This has led to feelings of underrepresentation among Scots, especially when the preferences of the two nations diverge. For a complete overview on the matter of democratic deficit in Scotland see A. Mcharg, *The Constitutional case for Independence* in *The Scottish Independence Referendum: Constitutional and Political Implications*, Id., T. Mullen, A. Page, N. Walker (*eds.*), pp. 104-111.

[47] M. Keating, *State and Nation in the United Kingdom: The Fractured Union*, cit., p. 22.

versions retain the constitutional monarchy as the form of state, with the Queen/King as head of state[48], the monarch is assigned extremely limited and ceremonial functions. In fact, all versions delineate Scotland as a parliamentary democracy, with an elected legislature responsible for lawmaking and a government accountable to it. The 1997 and 2014 drafts, more specifically define a unicameral Parliament, mirroring the modern Scottish Parliament established in 1999.

It is crucial to highlight that, while there is an attempt to maintain a certain degree of continuity with the British Constitution, primarily through the conservation of the monarchy, this is strongly counterbalanced by the clear desire to abandon Westminster model. This contrast is especially evident in the relations between legislative and executive[49]. While in the Westminster model, the executive has a strong control on the Parliament, in the Scottish constitutional proposals, there is a tendency to delineate a clear separation of powers with more autonomy given to the Parliament. That is why, since the 2002 proposed Constitution, the term of the legislature is set at 4 years, with the possibility to interrupt, or extend it only in exceptional cases, namely the legislature's duration can be interrupted when a loss of confidence between the government and the Parliament occurs[50], leading to the dissolving of the Parliament and early elections. The extension of the legislature is possible, according to the 2011 proposal, only in the case of war and public emergency for a period no longer than 12 months, based on resolution adopted with the majority of 2/3 of the Parliament.

This system deeply differs from Westminster model, in which the Prime Minister can discretionally request the Parliament's dissolution before the fixed term of five years, subject to the Monarch's approval. Consequently, within this model, a government that hypothetically loses a vote of no confidence can still try to form a new administration rather than triggering an election. Generally, the mechanism of the Parliament's dissolution is employed when the Prime Minister believes that their party may gain a stronger majority in Parliament[51].

Additionally, in the constitutional projects[52], the prime minister is elected by the Parliament through a vote, instead of being the leader of the winning party, as it happens within the Westminster model. The clear implication of this system is a higher parliamentary legitimacy of the prime minister as well as a more straightforward relation between Parliament and government.

---

[48] Only the 2002 draft specifies that the constitutional monarchy is just temporary, as there will be a referendum through which Scots will choose whether to retain the Monarchy or opt for a Republic.

[49] M. Dicosola, *op. cit.*

[50] The relation based on confidence between the Parliament and government is the base of every Scottish constitutional proposal.

[51] This system has recently encountered some modifications. The Fixed Term Parliaments Act 2011 has introduced a five-year fixed term and only allowed elections if a vote of no confidence passed or two thirds of MPs approved it. The Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 restored the Prime Minister Discretion to request early dissolution, returning to a more flexible system. See F. Bromo, *Something old, something new? Votes of confidence, parliamentary dissolution, election timing, and judicial review under the Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* in *Parliaments, Estates and Representation*, n. 43 vol. 2, pp. 194-211, available at https://doi.org/10.1080/02606755.2023.2213530.

[52] Specifically in the 2002 project and 2011 model Constitution.

Another mutual element which characterizes the proposed Scottish constitutions regards rights, showing a strong commitment, specifically, to human rights, social justice and democratic participation.

Every proposal contains a "Bill of Rights" or constitutional guarantees. In earlier drafts, like those dating back to 1964 and 1997, civil and political rights were prioritized, following the UK model. Later proposals (2002, 2011, 2014) broadened the catalogue of rights, incorporating social and economic rights, thus aligning with European constitutions rather than Westminster's system. Environmental rights are mentioned only in more recent proposals, the 2011 and 2014 ones, for instance.

Later drafts strengthened the legal enforcement of rights, allowing courts to strike down unconstitutional laws, taking a major shift from the UK's model based on parliamentary sovereignty[53].

On the whole, it is clear that the Scottish constitutional proposals reflect an enduring struggle for self-governance, democratic legitimacy and sovereignty. Whether this desire will culminate in full independence or a redefined union remains to be seen, but one thing is certain: Scotland's constitutional journey is still unfolding. While the 2014 referendum may have resulted in a vote to remain within the UK, the broader constitutional debate has not subsided. Instead, it has intensified, especially in light of subsequent political events such as Brexit, which significantly altered Scotland's position within the union. The fact that Scotland voted overwhelmingly to remain in the EU, while the UK as a whole voted to leave, has reignited discussion around self-determination, further complicating the already fraught relationship between Holyrood and Westminster.

5. **The Brexit effect: Catalyzing Scottish Independence?**

Brexit and the consequent attempt to call a second referendum on independence marked a climactic event for Scotland's constitutional history. As a matter of fact, despite the 2014 *Indyref* had been considered a *«once in a generation opportunity»*, after the triumph of the leave campaign, the independence topic became object of further discussions.

The 2019 *Scotland's Right to Choose*, published by the SNP-controlled government, represents a clear reaction to the UK's withdrawal and definitive prospect of leaving the EU. In the document, the case for a second referendum is argued based on three factors. Firstly, it is claimed that Scots had the sovereign right to determine their own constitutional future; secondly, it is highlighted that Brexit has provoked a material change of circumstances since the 2014 referendum and, finally, it is noted that there was a mandate for a referendum, stemming from the SNP's electoral victories at the 2016 Holyrood election, and 2017 and 2019 Westminster elections[54].

Furthermore, in this sense, according to *First Minister* Nicola Sturgeon, given that the majority of Scottish citizens had voted to remain, the British political and constitutional

[53] M. Dicosola, *op. cit.*
[54] S. Douglas-Scott, *A Scottish Referendum on Independence?*, in *Sage Journals*, vol. 13 n. 4, 2022.

framework had completely changed compared to that of 2014, thus making it reasonable to contemplate another independence referendum[55].

On these premises, in 2021, the Scottish *First Minister* announced that the process to *indyref2* would have been set in motion before 2023. On 28 June 2022, Sturgeon declared that the Scottish government intended to hold a referendum on independence on 19 October 2023. Shortly after on that day, a *Scottish Independence referendum Bill* has been published. Following the same procedure used in the 2014 referendum, Sturgeon informed the British head of government of her position on the referendum, receiving the rejection to transfer the powers from Westminster to Holyrood in order to hold a referendum: the path to the referendum took a different turn compared to the previous one, which had seen the agreement between the two parliaments in regards to the vote. Consequently, it needed to be defined whether, even without Westminster's *approval*, Holyrood had the power to call a referendum.

The controversial matter has been subject of a reference by the Lord Advocate to the UK Supreme Court, based on par. 34, Schedule 6 of the Scotland Act 1998. The Court was specifically asked whether the Scottish Parliament could legislate to allow a referendum under the Scotland Act, or this was considered to be a reserved matter.

Two are significant elements in regards to the reference procedure, which indisputably underline how crucial the extrication of the competence question was, both on a central and a decentralized level. In the first place, it has been highlighted that the Lord Advocate's choice finds its roots not only in the will to define whether the issue fell into the *reserved matters* category but also in the desire to keep the attention on the independence topic[56]. Secondly, the significance of the *referendum's future* emerges clearly in the Court's decision to provide a reference judgment on a bill before its introduction in Parliament. In actual fact, in these cases the Court is under no obligation to issue a judgement, and this had never happened previously, but given the *«public importance»* of the matter in question, it decided to clarify the situation[57].

The positions of the Scottish government and Scottish National Party in regards to the possibility of calling an advisory referendum on Scotland's independence provide a contextualization to the will of pursuing a referendum regardless of Westminster's view on the matter.

The Lord Advocate's perspective laid on the question brought before the UKSC: *«Does the provision of the proposed Scottish Independence Referendum Bill that provides that the question to be asked in a referendum would be 'Should Scotland be an independent country?' relate to reserved matters? In particular, does it relate to: (i) the Union of the Kingdoms of Scotland and England (para.1(b) of Schedule 5); and/or (ii) the Parliament of the United Kingdom (para.1(c) of Schedule 5?»*.[58]

---

[55] G. Caravale, *Il giudizio di reference della Corte Suprema sul referendum scozzese: una political question*, in *Federalismi*, n. 31/2022, p. 9.
[56] G. Caravale, *op. cit.*, p. 12.
[57] G. Caravale, *op. cit.*, p. 17.
[58] *REFERENCE by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998*, [2022] UKSC 31.

According to Lord Advocate Bain, the presence of reserved matters did not collide with the possibility of introducing an Act to call a referendum, as this would have had the goal of ascertaining the views of Scots on whether Scotland should be an independent country, rather than of independence in itself. Consequently, Her Majesty's Advocate highlighted that Holyrood could have called a public consultation to define the Scottish people's opinion on the matter: firstly, because the hypothetical victory of the "Yes" would have not led to an automatic independence; secondly, owing to the fact that, if on the one hand, referendums, notoriously, own a great political significance, on the other, this significance can become legal only if the result is implemented by an Act of the Parliament – a view based strictly on the *diceyan* orthodox doctrine is adopted[59].

The SNP's written submissions define different reasons which justified the potential referendum: the right to self-determination and its fundamental and inalienable nature are used in the attempt to anchor Holyrood's power to call an advisory referendum; a restrictive interpretation of the Scotland Act is provided in a way to allow the Scottish Parliament to proceed with the referendum without contrasting with Westminster's reserved matters; finally the Canadian case law is employed to exclude that the referendum's outcome could lead to immediate consequences[60].

The UKSC ruled unanimously that the object of the Bill, as it related to *«the Union of the Kingdoms of Scotland and England»* (para.1(b) of Schedule 5); and/or *«the Parliament of the United Kingdom»* (para.1(c) of Schedule 5), was to be considered a reserved matter.

After highlighting the obvious effect that an independence referendum would have had both on the *«union of Kingdoms»* and on the Parliament, the Court responded to the SNP and Scottish government's claims, by pinpointing that, according to a constitutional convention, the executive and Parliament have to implement referendums' outcomes, even if just advisory[61].

There are numerous interesting points that emerge from this case, which are significant to the analysis of Scotland's path towards independence and more autonomy. If on the one hand, the rapidity of the decision highlights the extreme facility of the legal matter, on the other hand, the attempt to find a loophole that could work around the legal limitation encountered reveals the flaws of a constitutional system which often cannot accommodate the need of self-determination and autonomy from the devolved governments. After all, the price of union must be paid in some way, and, in this case, it is clear that the mandate to call a referendum stemming from the victory of Scottish elections and the significant portion of Scottish people voting to stay in Europe are not enough to dismember a Kingdom, not only according to the British Prime minister who did not support the whole referendum process, but also according to the UKSC which, recognizing the political importance of such event, clarified the constitutional and legal boundaries of the situation.

In this sense, it is important to retrace the reasoning that led the Court to exclude the existence of Scotland's right to self-determination as it was *«not in play here»,* conceived *«as self-*

[59] G. Caravale, *op. cit.*
[60] *Ibidem.*
[61] For the sake of completeness, it must be noted that the SNP's viewpoints on self-determination and the restrictive interpretation on reserved matters have been rejected by the court.

determination in the sense of unilateral secession applied only in relation to colonies, or analogous cases where a definable group is oppressed or denied political representation»[62]. However, it has been noted that besides this type of self-determination, which implies a highly aggressive right in order to sever colonial ties, another category of self-determination should be taken into account: the doctrine of constitutional self-determination[63]. Such concept, differently from colonial self-determination, is not enrooted only in international law but is the result of the convergence of domestic law, constitutional and international law and it relates to the specific constitutional setting where the unit which seeks to withdraw is. More specifically, it has been argued that the Court's reasoning overlooks the concept of constitutional self-determination, which allows certain entities within a state to seek independence through constitutional processes which can be enshrined in constitutional provisions, peace agreements and implied constitutional self-determination. When it comes to the Scottish case, the UK has implicitly recognized Scotland's right to constitutional self-determination through the Edinburgh Agreement 2012, which allowed for the 2014 independence referendum.

Consequently, it has been claimed that the key issue is not whether Scotland qualifies for self-determination, since under this doctrine it clearly does. Rather, the central question is whether the UK government can unreasonably prevent Scotland from calling a new referendum.

In this scenario, the Supreme Court's decision does not deny Scotland's right to self-determination, but it just defines that Scotland does not have a *unilateral* right to secede, as it does not classify as a classical colony. Hence, Scotland does not benefit of the colonial right to self-determination, but if it enjoys constitutional self-determination, Scotland should be entitled to assess its population's will at reasonable intervals and, in the case of a clear majority in favour of independence, the UK government would be obligated to negotiate the *«divorce»*[64].

Therefore, this new doctrine would successfully frame the issue around the Scottish struggle for independence and would justify the Court's decision without denying *sine exceptione* the objective of secession, which has been long chased and finds its roots, namely, in the right of self-determination.

Another point that needs to be mentioned regards the foundation of the Court's decision. The rejection of a referendum was based on a constitutional convention which clashes with the landmark principle of parliamentary sovereignty. This contradiction turns the *diceyan* doctrine on its head and raises doubts about the relationship between parliamentary sovereignty and popular sovereignty[65]. Reinforcing the idea that sovereignty is centralized, the Court clearly stated that Holyrood cannot legislate on a second referendum

[62] M. Weller, *The UK Supreme Court Reference on a Referendum for Scotland and the Right to Constitutional Self-determination: Part II*, in *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 13 December 2022 available at https://www.ejiltalk.org/the-uk-supreme-court-reference-on-a-referendum-for-scotland-and-the-right-to-constitutional-self-determination-part-ii/ retrieved on 2nd April 2025.
[63] *Ibidem.*
[64] *Ibidem.*
[65] M. Elliott, *The Supreme Court's Judgement in Miller: In search of Constitutional Principle*, in *Cambridge Law Journal*, July 2017, University of Cambridge Faculty of Law Legal Research Paper, n. 23/2017.

without Westminster's approval. Nevertheless, the decision suggests that a referendum would have binding consequences, meaning that once held, its result would carry a political obligation to implement. Hence, the paradox: if the Parliament is bound to implement the result of a referendum, it arguably loses part of its sovereignty.

This factor is particularly significant in the context of Scottish independence, as parliamentary sovereignty has long been used to limit Scotland's autonomy, particularly in the independence debate, while popular sovereignty has been the main justification for Scotland's push for independence. The UK Supreme Court's ruling appears to invert the *usual hierarchy*, raising serious constitutional doubts.

6. **Building a New Scotland: Yousaf's Proposal**

The most recent step towards independence is represented by the paper called "Creating a modern constitution for an independent Scotland"[66], the fourth in the series "Building a New Scotland".

This constitutional proposal shows a strong level of continuity with the previous ones analyzed and marks a strategic step in the SNP's long-term independence campaign.

The paper clearly revolves around the principle of popular sovereignty: after all, Mr. Yousaf made it clear that a Constitution would *«put power in the hands of the people»*. As a matter of fact, after having listed all the reasons why Scotland need a written Constitution, it sets out an actual plan to create a constitutional document: it defines an interim Constitution which would take effect on the day of independence; it specifies that this would be followed by a permanent one, which should be created by a legally mandated Constitutional Convention in a way to have, though indirectly, a popular participation to the writing of the Constitution. Finally, it defines the necessity of a referendum to allow Scottish people to decide on the permanent constitution. The significance of popular sovereignty is evident since the beginning of the proposal, which promotes it as a strong alternative to parliamentary sovereignty[67].

Additionally, the proposal aims to enshrine human rights, environmental protection, the right to strike and a ban on nuclear weapons in the Scottish territory and frames independence as a progressive and democratic option to Westminster's rule. While SNP's supporters saw it as a step in making a case for independence more concrete, critics said it was more of a political stunt that did not tackle day-to-day issues. Nevertheless, the proposal reflects a continuing effort to present a concrete values-based case for independence in a post-Brexit political landscape[68].

7. **Conclusions**

[66] Scottish Government, *Creating a modern constitution for an independent Scotland*, Building a New Scotland, paper 4, June 2023, available at https://www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/research-and-analysis/2023/06/building-new-scotland-creating-modern-constitution-independent-scotland/documents/creating-modern-constitution-independent-scotland/creating-modern-constitution-independent-scotland/govscot%3Adocument/creating-modern-constitution-independent-scotland.pdf retrieved on 5th April 2025.

[67] *Ibidem.*

[68] Bbc, *At a glance: Constitution plan for an independent Scotland*, 19 June 2023, available at https://www.bbc.com/news/uk-scotland-65951500 retrieved on 5th April 2025.

The succession of the aforementioned constitutional milestones in Scotland indisputably reveals a critical and ongoing relationship between the central and devolved levels of governance.

This tension primarily arises from a constitutional system that seeks to balance the need for regional autonomy and national identity with a centralized decision-making structure. As it has been previously noted, while devolution was intended to provide greater autonomy and decisive power, what emerges is a system built in a way to ultimately preserve Westminster's will, especially in crucial and decisive matters[69]. The Brexit phenomenon exemplifies this imbalance: the controversy regarding the Sewel Convention, considered by the UKSC not legally enforceable and the almost total non-involvement of the devolved countries in the withdrawal process raise questions in regards to how safeguarded their interests are[70].

In this context, parliamentary sovereignty and its foundational nature for Westminster's decisional power, emerges as a "constraint" to the will of autonomies, raising an important question: is this principle a substantial constitutional safeguard, or does it function more as a formal mechanism preserving a structure which is less and less equipped to meet the demands of modern decentralization, both on a domestic and international level?

In contrast to these formal constraints, Scotland's political drive for independence remains resilient. The push for a second referendum is illustrative: despite the lack of approval from the Prime Minister, the Scottish government persevered with its objective, and only the intervention of the UK Supreme Court clarifies the constitutional limitations of such move.

The stark opposition between these legal constraints and Scottish political dynamics, combined with the ambiguity surrounding Scotland's right to self-determination, unrecognized under international law, but still persistently claimed, further complicates the precarious relationship between Scotland and the UK. As a result, periods of intense political tension, such as those preceding the 2014 referendum and post-Brexit, often coincide with heightened demands for autonomy and a strong sense of underrepresentation. Conversely, phases characterized by a relative political balance[71] tend to follow Westminster's "concessions" or extensions of devolved powers, as seen after the original devolution agreements and the "post-vow" period.

What emerges is a seesawing trend in Scottish independentism, which is likely to remain a defining feature of British political dynamics in the near future. If it is not possible to rule out categorically the possibility of independence, especially in the peculiar post Brexit context, the current British constitutional framework presents significant obstacles to any immediate prospect of secession.

---

[69] S. Douglas-Scott, *op. cit.*

[70] *Ibidem.*

[71] The relative political stability does not imply that the longing for independence temporarily "disappears". As a matter of fact, this aspect is aprioristically and intrinsically embedded in Scotland's history and national identity. It might be argued that, especially in recent times, the longing for independence characterizes, to some extent, Scotland's identity in itself.

What is certain is that the fraught relation between Scotland and the UK has yet to reach a stable compromise. Secession may continue to linger as a question, but its answer might never fully take shape within the bounds of prediction.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-567

costituzionalismo britannico e irlandese

Parlamento e Governo

Cambiamenti e prospettive del referendum nel contesto costituzionale post Brexit

Laura Frosina
Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Sapienza Università di Roma

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Cambiamenti e prospettive del referendum nel contesto costituzionale post Brexit**

di Laura Frosina*

Abstract (Ita): Il presente lavoro analizza i cambiamenti più recenti e le prospettive del referendum nel quadro costituzionale del Regno Unito, partendo dall'analisi della controversa esperienza referendaria della Brexit. Si sofferma, in particolare, sulle vicende scozzese e nordirlandese post Brexit e sugli indirizzi giurisprudenziali più recenti della Corte Suprema sulla vincolatività politica del referendum, per pervenire nelle conclusioni a delle riflessioni più generali sull'opportunità di impiegare con maggiore cautela tale istituto e di garantire la sua piena qualità democratica e compatibilità con il contesto politico e costituzionale britannico.

Abstract (Eng): The paper analyzes the most recent changes and perspectives of the referendum in the constitutional framework of the United Kingdom, starting from the study of the controversial Brexit referendum experience. It focuses, especially, on the Scottish and Northern Ireland post Brexit experiences and on the Supreme Court's most recent jurisprudential statements about the referendum's political bindingness, reflecting, in the conclusions, on the opportunity to use this institute with greater caution and to guarantee its full democratic quality and compatibility to the British political and constitutional context.

Parole chiave: Referendum; Brexit; devolution

Keywords: Referendum; Brexit; devolution

Sommario: Premessa; Il referendum Brexit e il suo carattere "democratically binding"; IndyRef. 2 e giudizio di reference della Corte Suprema. Oltre la natura advisory: l'impatto costituzionale dei referendum di secessione; La centralità del canale referendario per un'eventuale riunificazione dell'Irlanda del Nord alla Repubblica d'Irlanda

Premessa

Nel rapporto sui referendum nel Regno Unito pubblicato nel 2010 dal *Select Committee on Constitution* della *House of Lords* si osservava, con un approccio ambiguo, che *«[r]eferendums may become a part of the UK's political and constitutional practice»* e che *«if referendums are to be used, they are most appropriately used in relation to fundamental constitutional issues»*[1]. In quel rapporto i *Lords* fornivano una lista volutamente non esaustiva di *constitutional issues* all'interno della quale includevano sia l'ipotesi del recesso dall'Unione europea che quella della secessione di una delle *Nations* dal Regno Unito[2], confermando la propensione dello strumento referendario a essere impiegato in questioni legate alla *devolution* e alla definizione dei rapporti con l'Ue[3]. Sono trascorsi quasi quindici anni dalla pubblicazione di quel famoso *report* e

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Sapienza Università di Roma

[1] House of Lords Select Committee on the Constitution, *Referendums in the United Kingdom* (HL Paper 99, *12th Report of Session 2009-10*, 17 *March* 2010).

[2] P. Leyland, *Referendums, Popular Sovereignty, and the Territorial Constitution*, in R. Rawlings, P. Leyland, A. Young (eds), *Sovereignty and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 145 ss.

[3] La lista include, a titolo esemplificativo, altre materie costituzionali sulle quali possono intervenire i referendum, quali: l'eventuale abolizione della Monarchia, l'abolizione della *House of Lords*, il sistema elettorale per la Camera bassa, la sterlina, oltre all'eventuale adozione di una Carta costituzionale scritta.

quelle affermazioni sembrano aver trovato pieno riscontro nella prassi costituzionale britannica, rivelandosi per certi versi premonitrici se pensiamo al referendum *Brexit* del 2016 e a quello indipendentista scozzese del 2014, perché il referendum è divenuto non soltanto parte integrante della *British Constitution*, ma anche un passaggio chiave nell'ambito delle dinamiche separatiste che hanno profondamente destabilizzato la vita politica del Regno Unito in questo lasso temporale[4]. L'utilizzo del referendum per la risoluzione di *constitutional issues,* legate per lo più al territorio, alla sovranità e alla forma di Stato, non costituisce d'altronde un fenomeno nuovo, ma si pone in continuità con una serie di consultazioni referendarie che, sin dagli anni 70, hanno riguardato sia la *membership* europea che le autonomie devolute[5]. Tuttavia, nell'ultimo decennio si sono registrate delle novità significative che evidenziano come il referendum abbia acquisito un protagonismo inedito nella patria della sovranità parlamentare, spingendo taluna dottrina a interrogarsi sullo status e il valore costituzionale assunto da questo nobile ma controverso strumento di partecipazione popolare nel contesto costituzionale britannico[6]. In particolare, il referendum ha confermato, e rafforzato, la sua attitudine a intervenire su questioni politico-costituzionali di importanza cruciale per la vita del Paese[7], che vengono delegate dal Parlamento al corpo elettor-

[4] A. Torre (a cura di), *Il Regno è ancora unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014,* Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

[5] Basti ricordare i due referendum sullo status del Nord Irlanda (1973; 1988), i tre sull'attivazione della *devolution* in Scozia (1979; 1997) e quello sulla secessione del 2014; i tre referendum sulla *devolution* in Galles (1979; 1997; 2011), di cui l'ultimo sull'aumento delle competenze devolute; il referendum sull'ingresso nella Comunità economica europea (1973) e i due referendum sulla continuità della *membership* nell'Unione europea (1975; 2016).

[6] V. Bogdanor, *Europe and the Sovereignty of the People*, in *The Political Quarterly*, v. 87, n. 3 2016, p. 348, il quale osserva *«The referendum has now established itself as a third chamber of Parliament, issuing legislative instructions to the other two. The sovereignty of the people is trumping the sovereignty of Parliament. The Commons is required, perhaps for the first time in its history, to follow a policy to which around three quarters of MPs are opposed. The sovereignty of Parliament is now to be constrained – not legally, of course, but for all practical purposes – not by Brussels but by the people»*; M. Gordon, *Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit*, in *European Constitutional Law Review*, n. 16, 2020, p. 213. Nella dottrina italiana si rinvia, in particolare, alle riflessioni di G. Martinico, *Considerazioni comparatistiche sul referendum alla luce del caso britannico*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2017, p. 429 ss.; C. Martinelli, *La Brexit come «constitutional moment»*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2022, p. 14 ss; S. Gianello, *La valenza costituzionale del referendum in Gran Bretagna dopo (e alla luce del) verdetto della Corte Suprema su IndyRef. 2,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo,* n. 3, 2023, p. 765 ss.

[7] D. Kavanagh, *Referendums in British Politics*, in A. Torre, J.O. Frosini (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, p. 113, per il quale *«the history of referendums in 20th century Britain is one illustration among many of the evolutionary and flexible nature of the British constitutionalism. It was an issue of fierce debate in the early years of the 20th century, faded for the next fifty years and has returned since 1970s. The referendum on Britain of the European Community in 1975 was described by its promoter as a 'unique occasion'. Yet by the end of the 20th century referendums had become accepted part of the British constitution».*

ale per superare un nodo istituzionale, un *«bivio di rango costituzionale»*[8], di non facile risoluzione sul piano politico.

Muovendo da tali premesse, l'obiettivo del presente contributo è quello di ricostruire e analizzare i profili politici e giuridici più innovativi che, a partire dal referendum *Brexit*, hanno segnato l'evoluzione dell'istituto referendario, in stretta connessione con i problemi della *devolution*, della secessione e dell'integrazione sovranazionale che ne hanno stimolato l'applicazione. Partendo dal *case study* della *Brexit,* e dagli indirizzi interpretativi forniti dalla Corte Suprema nelle sentenze Miller I e Miller II, passerò a esaminare la vicenda referendaria scozzese di *IndyRef. 2* e l'annesso giudizio di *reference* del 2022, e, infine, la riattualizzazione della questione del referendum di riunificazione nel Nord Irlanda. I cambiamenti costituzionali conseguenti o potenzialmente collegati a tali dinamiche referendarie sono tanti e tali che spingono ad approfondire la riflessione sui rapporti di maggiore compenetrazione tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, e sulle modalità di interazione della sovranità parlamentare con la sovranità popolare, che dimostrano di evolversi, seppur lentamente e cautamente, nel quadro del costituzionalismo politico britannico. E, inoltre, i rischi politici e le forzature applicative a cui è stato soggetto il referendum in questi anni, e a cui più in generale può essere soggetto specie quando si riferisce a tematiche di natura nazionalista e separatista, spingono a riflettere sull'importante tema della qualità democratica dell'istituto e delle garanzie da cui deve essere corredato per continuare ad agire in funzione complementare, e non antagonista, rispetto alla democrazia rappresentativa e al principio di matrice *diceyana* della sovranità parlamentare[9]. Aspetti sui quali mi soffermerò nella parte conclusiva del lavoro alla luce della importante lezione referendaria della Brexit.

Il referendum Brexit e il suo carattere "democratically binding"

Il referendum *Brexit* e la conseguenziale fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea hanno rappresentato un *constitutional moment* di straordinaria rilevanza che ha prodotto delle trasformazioni costituzionali dirompenti nell'ordinamento britannico, soltanto in parte prevedibili, collegate alla cessazione della *membership* britannica e al processo di riappropriazione, sia pur sempre parziale, della sovranità statuale[10]. L'esito referendario, che ha dato avvio alla

[8] P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, Oxford, 2012, pp. 60-62.

[9] A.V. Dicey, *Ought the Referendum to be introduced in England?*, in *Contemporary Review*, vol. 57, 1890, pp. 489-511. Sulla funzione complementare e non antagonistica del referendum rispetto alla democrazia rappresentativa si rinvia alle considerazioni di A. Torre, *Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa,* in A. Torre, J.O. Frosini (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2012, p. 33. Sulla qualità democratica dell'istituto L. Morel, *Referendum* in M. Rosenfeld. A. Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 502 ss.

[10] C. Martinelli,*La Brexit come «constitutional moment»*…, cit., *passim*.

prima vicenda di recesso di uno Stato membro dall'Unione europea[11], ha messo in gioco tutta una serie di questioni legate non soltanto alle modalità e alle conseguenze del processo di *exit*, ma anche alla ridefinizione di alcuni importanti equilibri costituzionali relativi al sistema delle fonti, ai rapporti tra Governo/Parlamento, e, più in generale, agli assetti della *devolution* che sono stati messi a dura prova da nuove tensioni politiche e spinte indipendentiste provenienti dalle *nazioni* devolute[12]. Alcune delle conseguenze che hanno accompagnato e seguito la vicenda *Brexit* erano prevedibili, altre invece erano del tutto inimmaginabili al momento della votazione referendaria. Il costo politico-costituzionale di questa imprevedibilità ha fatto riflettere a lungo sull'opportunità politica del referendum e su molte altre questioni relative alle modalità e alle regole in base alle quali si è svolta una consultazione che ha segnato un importante spartiacque nella storia britannica[13]. Oggi si parla spesso del presunto stato di Bregret, un sentimento di insoddisfazione generale diffuso nell'opinione pubblica, a metà tra il rimpianto e la rassegnazione, per una scelta che ha messo la parola fine a cinquanta anni di integrazione sovranazionale ed è stata presa tramite una decisione popolare adottata a maggioranza dei votanti[14].

Non stupisce dunque che, tra le plurime questioni sollevate dalla *Brexit*, i temi del referendum e dei rapporti tra sovranità parlamentare e sovranità popolare, democrazia diretta e democrazia rappresentativa, abbiano acquisito una rinnovata centralità nel dibattito politico-costituzionalistico britannico e siano stati oggetto di interpretazioni evolutive da parte della dottrina e del potere giudiziario. In particolar modo da parte della Corte Suprema, che è stata chiamata in causa, sin da subito, a far chiarezza sulle incertezze relative alle conseguenze del referendum e alle modalità di attivazione della procedura di recesso[15].

La complessa vicenda ha spinto la dottrina ad approfondire la riflessione sulla natura giuridica del referendum *Brexit*, così come su alcune sue criticità specifiche riguardanti, ad esempio, l'asimmetria del quesito, la mancata previsione di un *quorum* a maggioranza qualificata, l'ass-

[11] Dopo il precedente storico *sui generis* dell'Algeria, la prima esperienza di *exit*, seppur peculiare anch'essa, risale al 1982, quando la Groenlandia votò mediante referendum di uscire dalla CEE. Non può essere considerato un precedente di recesso di uno Stato membro perché la Groenlandia era allora, ed è tuttora, un territorio autonomo dotato di autogoverno del Regno di Danimarca, che, invece, continua a far parte dell'Ue. Sul referendum groenlandese v. R. Kramer, *Greenland's European Community (EC)-Referendum. Background and Consequences,* in *German Yearbook of International Law*, n. 25, 1982, pp. 274 ss.

[12] V. C. Martinelli,*La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione europea,* Torino, Giappichelli, 2023.

[13] Si rinvia, in particolare, all'analisi di R. Bellamy, *Political Constitutionalism and Referendums: The Case of Brexit,* in *Social and Legal Studies,* vol. 32, n. 6, 2023, 973-995, che esamina le critiche rivolte al referendum *Brexit* da parte di chi sottolinea la sua strumentalizzazione in chiave populistica, affermando, per converso, la piena coerenza di tale consultazione referendaria con il costituzionalismo politico, così come la soglia di ragionevole legittimazione democratica raggiunta.

[14] Va ricordato che nel referendum Brexit il 51,89% ha votato a favore del *Leave* e si è registrata un'affluenza alle urne del 72,21%. Ciò significa che soltanto il 37,4% dell'elettorato si è espresso a favore di questa opzione. Per un'analisi del voto v. F. Savastano, *Brexit: un'analisi del voto*, in *Federalismi.it,* n. 13, 2016.

[15] Si rinvia, in particolare, alle considerazioni di A. Torre, *Sovranità parlamentare e decisione popolare nel Regno Unito della Brexit,* in C. Martinelli (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali,* Santarcangelo di Romagna, Maggioli, p. 173 ss.

enza del consenso delle quattro *Nations*, e le incerte conseguenze politiche e costituzionali legate alla sua celebrazione[16].

Da un lato, è stato evidenziato come il referendum si sia radicato nella *British Constitution* consolidandosi come strumento essenziale per l'assunzione di decisioni di rilevanza costituzionale delegate dal Parlamento al corpo elettorale. Il referendum, sin dalla sua prima apparizione nel 1973 con la consultazione sullo *status* politico-giuridico dell'Ulster, ha confermato la sua attitudine a intervenire su *constitutional issues,* politicamente altamente divisive, divenendo centrale in alcuni passaggi chiave dell'evoluzione costituzionale britannica.

Il referendum *Brexit,* inscrivendosi pienamente nel solco di questa prassi costituzionale, ha dimostrato di avere una sua singolarità politica e giuridica ascrivibile principalmente all'interazione del quesito asimmetrico con l'esito contrario al mantenimento dello *status quo,* che ha sollevato tutta una serie di interrogativi teorici e incertezze costituzionali disvelatrici di alcune ambiguità, più o meno celate, dell'istituto referendario nel sistema costituzionale britannico. Giova ricordare, infatti, che la legge istitutiva del referendum *Brexit*, *European Referendum Act 2015*[17], introduceva un quesito binario in forza del quale alla permanenza nell'Unione europea (*Remain*) contrapponeva la incerta strada della separazione dall'Ue (*Leave*), senza specificare quali fossero le conseguenze delle due opzioni in gioco. Se, però, l'opzione del *Remain* conduceva alla permanenza all'interno dell'Unione, seppur alle nuove condizioni negoziate nel *Cameron-Tusk Agreement,* sulle cui basi giuridiche il Regno Unito avrebbe dovuto reimpostare i rapporti con l'Ue, quella del *Leave* apriva scenari ignoti dovuti all'incerto seguito da dare a una votazione popolare di natura consultiva in un contesto di generale incertezza sulle modalità da seguire per avviare la procedura di recesso prevista dall'articolo 50 del TUE. La natura formalmente *advisory* e non *mandatory* del referendum non vincolava a dare attuazione giuridica al risultato referendario, però su un piano politico rendeva particolarmente arduo discostarsi dalla volontà espressa dall'elettorato su una questione di tale rilevanza costituzionale delegatagli dal Parlamento mediante una legge approvata con una maggioranza larghissima e trasversale[18]. Questa, dunque, è la ragione per la quale si è andato rafforzando nella dottrina quell'indirizzo interpretativo che insiste sul valore costituzionale del referendum *Brexit*, sulla forza politica e la sua capacità decisoria, nonostante la natura *advisory* risultante dalla legge istitutiva[19]. Orientamento interpretativo, contestato da taluna dottrina[20], ma sostanz-

[16] Su questi e altri aspetti critici del referendum *Brexit,* si rinvia, in particolare, a A.C. Grayling, *Democracy and its crisis,* London, Oneworld, 2017, pp. 189-97; C. Offe, *Referendum vs. Institutionalized deliberation: what democratic theorists can learn from the 2016 Brexit decision*, in *Daedalus*, vol. 146, n. 3, 2017, pp. 18-21; S. Hansson, S. Kröger, *How a lack of truthfulness can undermine democratic representation: the case of post-referendum Brexit discourses. The British Journal of Politics and International Relations,* vol. 23, n. 4, pp. 609-626*;* R. Crombrugge, *Are referendums necessarily populist? Countering the populist interpretation of referendums through institutional design*, in *Representation*, vol. 57, n. 1, 2021, pp. 109-130; L. Trueblood, *Brexit and two roles for referendums in the United Kingdom*, in R. Albert, R. Stacey (eds) *The limits and legitimacy of referendums*, Oxford, Oxford University Press, pp. 183-201.

[17] Per un'analisi di questa legge e dei suoi aspetti critici si rinvia a G. Caravale, *Il "silenzio" dell'European Referendum Act 2015*, in C. Martinelli (a cura di), *Il referendum Brexit…,* cit., pp. 97-115.

[18] Ricordiamo che *l'European Referendum Act 2015* è stato approvato con una maggioranza di 544 voti a favore con i voti contrari soltanto dello *Scottish National Party.*

[19] Per questa interpretazione si rinvia, in particolare, nella dottrina italiana a C. Martinelli, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit. Lezioni dalla prassi per IndyRef.2 e NI Border Poll,* in *Diritto Pubblico Comparato ed europeo*, n. 3, 2021, pp. 761-776; S. Gianello, *Il referendum nel Regno Unito prima e dopo la Brexit*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2022, pp. 47 ss.

[20] Non mancano opinioni divergenti sul punto che non escludevano, allora, la probabilità che il Parlamento adottasse una risoluzione di orientamento contrario al responso referendario: v. S. Douglas-Scott, *Brexit. The Referendum and the Uk Parliament: some Questions about Sovereignty*, in *Uk Const. Blog*, *28th june* 2016.

ialmente condiviso anche da quella parte più scettica che ha definito il referendum un'operazione di stampo prevalentemente populistica[21].

Questa linea interpretativa ha trovato, poi, riscontro in alcuni importanti passaggi interpretativi della giurisprudenza della Corte Suprema, che si è espressa in questi ultimi anni, in maniera progressivamente sempre più esplicita e lineare, sugli effetti *democratically binding* del referendum nella democrazia costituzionale britannica.

Già nella sentenza *Miller I* (UKSC 5-2017) si trovano i primi embrionali riferimenti sulla vincolatività politica del referendum che, sebbene abbia confermato il primato della *parliamentary sovereignty* e la preminenza del Parlamento nell'attivazione della procedura di recesso, ha riconosciuto il grande significato politico del referendum (*the great political significance*) e l'importanza della volontà popolare espressa per tale via nell'ambito della complessa vicenda della *Brexit*[22]. In questa ottica, la Corte Suprema, dopo aver ricordato che il referendum è un istituto della prassi costituzionale relativamente recente e che i suoi effetti devono essere indicati nella sua legge istitutiva (par. 18), ha evidenziato come debba darsi attuazione al risultato referendario mediante l'approvazione della legislazione parlamentare, affermando al par. 121 che *«implementation of a referendum result requires a change in the law of the land, and statute has not provided for that change, the change in the law must be made in the only way in which the UK constitution permits, namely through Parliamentary legislation»* (par. 121)[23].

Queste prime indicazioni sulla vincolatività del referendum hanno ricevuto una chiara esplicitazione nella sentenza *Cherry/Miller II* (UKSC 41-2019), in cui i giudici supremi, chiamati a pronunciarsi sul controverso utilizzo dell'istituto della *prorogation* delle Camere da parte di Boris Johnson, hanno affermato in relazione al referendum: *«Technically, the result was not legally binding. But the Government had pledged to honour the result and it has since been treated as politically and democratically binding. Successive Governments and Parliament have acted on that basis»* (par. 7). In questo modo hanno rimarcato la natura politicamente e democraticamente vincolante del referendum quale presupposto in grado di condizionare l'azione delle istituzioni statali. Questa considerazione ha trovato, poi, un completamento in un ulteriore passaggio della sentenza in cui si afferma che: *«A fundamental change was due to take place in the Constitution of the United Kingdom on 31st October 2019. Whether or not this is a good thing is not for this or any other court to judge. The people have decided that»* (par. 57). Dal complesso di queste affermazioni si intravede la volontà di offrire una lettura rafforzativa dell'istituto referendario che tende a enfatizzare la portata decisoria della volontà popolare, quasi come se si volesse sancire — come è stato osservato da

[21] M. Loughlin, *The British Constitution: Thoughts on the Cause of the Present Discontent*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 2, 2018, p. 9.

[22] Su questa sentenza esiste una dottrina vastissima. In questa sede si rinvia soprattutto alle considerazioni legate alla sovranità parlamentare e al rapporto con la sovranità popolare K. Ewing, *Brexit and Parliamentary Sovereignty,* in *Modern Law Review*, vol. 80, n. 4, 2017, pp. 711-726; J.J Huang, *Miller and Brexit: Prerogatives on Parliament and Public Law*, in *Cambridge Law Review*, vol. 129, n. 2, 2017, p. 129; A. L. Young, *Brexit, Miller, and the Regulation of Treaty Withdrawal: One Step Forward, Two Steps Back?*, in *AJIL Unbound*, vol. 111, 2017-2018, pp. 434-439; G. Phillipson, *Brexit, Prerogative and the Courts: Why Did Political Constitutionalists Support the Government Side in Miller,* in *University of Queensland Law Journal*, vol. 36, n. 2, 2017, pp. 311-332; M. Elliot, J. Williams (eds), *The Uk Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, London, Hart Publishing, 2018.

[23] Sulla sentenza Miller I, e su questo specifico tipo di interpretazione, si rinvia, in particolare, alle riflessioni di A. Torre, *Sovranità parlamentare e decisione popolare nel Regno Unito della Brexit,* in C. Martinelli (a cura di*), Il referendum Brexit …, cit.,* 173, il quale osserva che, pur consacrando la prevalenza della sovranità parlamentare sulla sovranità popolare, la sentenza in questione ha riconosciuto la vincolatività, sia pur solo politica e non giuridica, del referendum.

alcuna dottrina — che le decisioni referendarie *«have an overriding moral-political authority in a democratic state»*[24].

Questa evoluzione interpretativa, sviluppatasi sia a livello dottrinale che giurisprudenziale negli anni successivi alla *Brexit*, che ha rafforzato le potenzialità dell'istituto referendario, sia pur senza alterare i fondamenti del rapporto tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, ha trovato un consolidamento nel giudizio di *reference* della Corte Suprema del 2022 sullo *Scottish Independence Referendum Bill* sul quale mi soffermerò nel paragrafo successivo.

IndyRef. 2 e giudizio di reference della Corte Suprema. Oltre la natura advisory: l'impatto costituzionale dei referendum di secessione

La Brexit — come è noto — ha avuto delle conseguenze dirompenti sugli equilibri della *devolution* e sulla ri-esplosione della *Scottish Question*, che ha portato alla richiesta di un secondo referendum d'indipendenza della Scozia dal Regno Unito[25].

La riviviscenza del sentimento indipendentista era una conseguenza prevedibile considerando la connotazione profondamente europeista del nazionalismo scozzese e la diffusa consapevolezza dei benefici dell'appartenenza all'Unione europea quale elemento valutativo fondamentale tanto nella scelta di restare nel Regno Unito nel 2014 quanto in quella di rimanere nell'Unione europea nel 2016[26]. Non stupisce, dunque, che la questione sia stata riproposta con grande determinazione all'indomani del referendum *Brexit* con il susseguirsi in maniera incalzante, per oltre un biennio, di rivendicazioni referendarie del Governo scozzese, a cui sono seguite chiusure da parte del Governo centrale, impegnato, sia sul fronte esterno che interno, nelle complesse negoziazioni per giungere all'agognato risultato della Brexit *with deal*. La densità di quegli eventi non permette di fornire una ricostruzione esaustiva in questo scritto, ma spinge a focalizzarsi, piuttosto, su quei passaggi chiave che hanno portato la questione referendaria all'attenzione del dibattito pubblico e al giudizio della Corte Suprema.

In particolare, la chiusura del controverso capitolo della *Brexit* e la vittoria dei nazionalisti scozzesi nelle elezioni del 2019 crearono delle condizioni politiche favorevoli per avanzare formalmente al Premier Boris Johnson una richiesta rivolta ad ottenere il potere di indire il secondo referendum (c.d. *IndyRef.2*) in base alla *section 30* dello *Scotland Act*[27]. A tale richiesta seguì il diniego secco del Premier, che giudicò troppo breve l'intervallo temporale rispetto al precedente del 2014, definendo il referendum *«once in a generation»*, ossia un evento generazionale unico non ripetibile a distanza di pochi anni.

La vittoria dello *Scottish National Party* nelle elezioni scozzesi del 2021 e la successiva formazione di un Governo di coalizione con il *Green Party* indussero, poi, a superare le obiezioni del Premier e ad andare avanti nel progetto indipendentista, includendo nell'accordo di cooperazione siglato tra i due partiti la previsione di un referendum d'indipendenza da celebrarsi

[24] M. Gordon, *Referendums in the UK Constitution*…, cit., p. 227.

[25] Sulle conseguenze del voto sulla *Brexit* nel sistema politico istituzionale britannico v., tra i primi contributi nella dottrina italiana, G. Baldini, *La Gran Bretagna dopo la Brexit*, Bologna, Il Mulino, 2016. Sulle conseguenze della Brexit sulla *devolution* v. G. Caravale, *A family of Nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e Brexit,* Napoli, Jovene, 2017, pp. 197-219.

[26] S. Peers, *Scotland and Brexit: Brave Heart or Timorous Beastie?,* in *Eu Law Analysis*, 13 *October*, 2016.

[27] A questa richiesta allegava un documento, *Scotland's Right to Choose: Putting Scotland's Future in Scotland's Hands,* in cui si precisava che la Scozia è una nazione in *a voluntary Union of Nations* e si richiedeva una modifica dello *Scotland Act* per ottenere in forma permanente il potere di indire il referendum sull'indipendenza, il riconoscimento pieno del diritto all'autodeterminazione e la definizione di regole chiare per gestire una fase di transizione verso l'indipendenza. D. Torrance, *Scottish Independence referendum: Legal Issues,* in *House of Commons Library*, CBP9104, 3 *August* 2022.

entro i successivi cinque anni[28]. Quest'ultimo portò all'approvazione dello *ScottishIndependence Referendum Bill*, in cui si indicavano la data e il quesito del referendum indipendentista, rinviando per lo svolgimento dello stesso alla disciplina contenuta nello *Scotland Referendum Act 2020*. Secondo quanto stabilito nel *Bill*, il referendum avrebbe dovuto svolgersi il 19 ottobre 2023 e avere ad oggetto il medesimo quesito referendario sottoposto all'elettorato scozzese nel 2014, ossia: *«Should Scotland be an independent country?»*. In questo modo la *First Minister*, Nicola Sturgeon, lanciava un guanto di sfida al Governo britannico ma senza agire al di fuori del quadro costituzionale, poiché vincolava la presentazione del *bill* dinanzi al Parlamento devoluto a un parere positivo della Corte Suprema sulla sua legittimità. Nello specifico, su istanza del *Lord Advocate for Scotland*, Dorothy Bain QC, si richiedeva, ai sensi del paragrafo 6, *schedule* 6, dello *Scotland Act* 1998, un parere preventivo sulla competenza del Parlamento scozzese a indire il referendum verificando se la relativa indizione rientrasse o meno nella sua competenza legislativa. Va aperta una breve parentesi per ricordare che questo giudizio preventivo sui *bill* governativi è una delle varie forme di controllo attivabili sulla normativa devoluta. Lo *Scottish Ministerial Code* richiede che la valutazione sulla conformità del *bill* alla competenza del Parlamento scozzese debba essere autorizzata dal *Law Officer*, il quale, in caso maturi dubbi al riguardo, può chiedere un parere preventivo alla Corte Suprema. La procedura non era mai stata utilizzata prima di allora perché la Corte Suprema, che ha la facoltà di decidere discrezionalmente se accogliere o meno questo tipo di istanze di *reference*, aveva ritenuto nei casi precedenti sottoposti al suo esame che non sussistessero le condizioni per l'accoglimento. In questo caso la Corte Suprema ha ritenuto che la questione referendaria scozzese non potesse essere considerata "ipotetica, accademica o prematura", sia perché rappresentava una *devolution issue*, sia perché dalla sua risoluzione sarebbe dipesa la presentazione del *bill* al Parlamento e l'inizio del suo *iter* legislativo.

La richiesta di *reference* poneva, infatti, all'attenzione dei giudici supremi una problematica di fondamentale rilevanza non tanto per la interpretazione della questione di competenza in sé, il cui esito risultava abbastanza scontato, ma perché andava a toccare un tema ampiamente controverso e delicato le cui implicazioni, politiche e giuridiche, si sarebbero riflesse sull'intera vicenda devolutiva scozzese. Una questione considerata di *«public importance»* e rispetto alla quale si rendeva opportuno intervenire per affrontare un problema che i nazionalisti scozzesi cercavano di porre al centro del dibattito politico-costituzionale britannico[29].

Il quesito formulato dalla Bain richiedeva di verificare se la previsione del referendum indipendentista contenuta nel *bill* fosse compatibile con il riparto delle competenze legislative Westminster-Holyrood[30]. Era piuttosto evidente che la celebrazione di un referendum sull'indipendenza della Scozia incidesse sulle materie *«the Union of the Kingdoms of Scotland and England»* e *«Parliament of the United Kingdom»* riservate in via esclusiva al Parlamento britannico e richiamate espressamente nel quesito. La Bain insisteva sulla natura consultiva del referendum e sul fatto che la sua celebrazione non avrebbe avuto conseguenze giuridiche, dirette e immediate, sull'indipendenza della Scozia, ma sarebbe servita soltanto a verificare l'opinione della popolazione scozzese su un tema di importanza fondamentale per il suo futuro costituz-

[28] All'indomani di quelle elezioni la Sturgeon, infatti, dichiarava *«Given the outcome of this election, there is simply no democratic justification whatsoever for Boris Johnson or anyone else seeking to block the right of the people of Scotland to choose our future»*. V. S. Tierney, *The Scottish Parliamentary Elections in the "Second Referendum" Debate*, in *U.K. Const. L. Blog*, 10 *May* 2021.

[29] G. McCorkindale, *The Lord Advocate's role in vetting bills for legislation*, in *U.K. Const. L. Blog*, 18 *July* 2022.

[30] A. McDonald, *Case Preview: Reference by the Lord Advocate in relation to the Scottish Independence Referendum Bill*, in *UKSC Blog,* 3 *October* 2022.

ionale[31]. A questa tesi il Governo britannico obiettava che il referendum, nonostante la sua chiara natura *advisory* giuridicamente non vincolante, non potesse essere considerato alla stregua di una mera consultazione priva di ripercussioni politiche e giuridiche sulla controversa questione indipendentista.

Il 23 novembre 2022 la Corte Suprema, con la sentenza sul caso *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998,* si è espressa sulla richiesta referendaria scozzese disegnando le coordinate fondamentali entro le quali inscrivere tale questione, ma soprattutto fornendo delle interpretazioni evolutive in tema di referendum che possono essere lette in continuità con quei passaggi delle sentenze Miller I e Miller II sopra richiamati.

Per quanto concerne la questione della competenza a indire il referendum, i giudici supremi hanno considerato il *bill* una illegittima invasione di competenza nelle *reserved matters*, chiarendo in via definitiva l'incompetenza legislativa del Parlamento di Holyrood a indire un referendum indipendentista senza la previa autorizzazione di Westminster[32]. In questo modo si è fatto definitivamente chiarezza sulla illegittimità della strada proposta dal Governo scozzese per celebrare il secondo referendum indipendentista quale soluzione giuridica alternativa all'*Order* con il quale nel 2014 era stata devoluta al Parlamento substatale la competenza a indire il singolo referendum.

Un altro aspetto importante sul quale è stato fatto parzialmente chiarezza nella *reference*, seppur molto sinteticamente, è stato quello relativo all'esistenza di un diritto di secessione nel diritto internazionale, per rispondere alle richieste avanzate dallo SNP fondate prevalentemente sulla pretesa di vedersi riconosciuto un diritto all'autodeterminazione. I giudici, in un passaggio molto rapido e sommario, hanno liquidato la questione affermando che il diritto internazionale difende prevalentemente l'integrità territoriale degli Stati e riconosce il diritto all'autodeterminazione in casi eccezionali legati al dominio coloniale e all'occupazione straniera, senza mai conferire un diritto di secessione, richiamando a conferma di questo orientamento la posizione sostenuta dal Regno Unito dinanzi alla Corte internazionale di Giustizia nel caso del Kosovo.

La parte più innovativa della *reference,* però, consiste nelle valutazioni espresse sullo strumento referendario che hanno dato ragione sostanzialmente alla tesi sostenuta dal Governo britannico. I giudici supremi hanno chiarito che la celebrazione di un referendum sull'indipendenza rappresenta un evento politico importante che, seppur privo di conseguenze giuridiche dirette e automatiche, non può essere equiparato ad una semplice consultazione pubblica o a un sondaggio d'opinione, ma ad un processo democratico che si svolge conformemente ai requisiti previsti dalla legge traducendosi nella espressione della volontà popolare su una *constitutional issue* di fondamentale importanza. Per la Corte Suprema, un risultato chiaro su tale questione sarebbe in grado di produrre delle conseguenze politiche talmente rilevanti da rafforzare o indebolire la legittimità democratica dell'Unione e, come tale, non potrebbe non avere un seguito nel contesto culturale e politico-costituzionale britannico fondato sulla democrazia. Questa lettura interpretativa tende ad assegnare un valore costituzionale al risultato referendario e, secondo taluna dottrina, richiama una convenzione costituzionale in base alla quale, nonostante la natura *advisory* dell'istituto, ossia la sua natura non *self-executing*, esisterebbe un vincolo politico e costituzionale di dare attuazione alla volontà espressa democ-

[31] Per approfondimenti sulla natura consultiva dei referendum si rinvia a D. Torrance, *Scottish Independence…,* cit., p. 81 ss.

[32] Per un commento a caldo sul parere G. Caravale, *Il giudizio di* reference *della Corte suprema sul referendum scozzese: una* political question, in *Federalismi.it*, n. 31, 2022; M. Gordon, *UK Supreme Court rules Scotland cannot call a second independence referendum – the decision explained,* in *Theconversation.com*, 23 *November* 2022; P. Martino, *La Corte Suprema del Regno Unito sul secondo referendum indipendentista scozzese: una partita chiusa?* in *Blog Diritti Comparati*, del 9 gennaio 2023.

raticamente dal corpo elettorale[33]. I referendum, come sostenuto dai giudici supremi e da una parte della dottrina, non sono delle semplici consultazioni ma dei processi elettorali progettati per giungere a delle decisioni costituzionali significative[34]. Tale interpretazione rappresenta uno degli aspetti più rilevanti della sentenza della Corte Suprema poiché esalta le potenzialità democratiche e le conseguenze politiche e costituzionali del referendum.

Questa interpretazione evolutiva dei referendum secessionisti non lascia dunque, almeno in un prossimo futuro, grandi margini per la celebrazione del tanto agognato referendum *post Brexit* richiesto dal nazionalismo scozzese, considerando la resistenza dei principali partiti nazionali ad autorizzare per via legislativa la Scozia a svolgere una seconda consultazione popolare.

Va osservato, oltretutto, che negli ultimi anni l'indipendentismo scozzese ha registrato un significativo indebolimento nel quadro dell'instabile contesto politico devoluto, che ha visto, in sequenza, l'emersione di gravi scandali di corruzione finanziaria e tensioni interne allo SNP, le dimissioni della Sturgeon, il breve Governo di Humza Yousaf e la sua sostituzione con John Swinney.

La perdita di consenso dell'indipendentismo scozzese è stata conclamata a livello politico dal tracollo dello SNP nelle *General Elections* del 2024, che hanno segnato la storica vittoria dei laburisti e la fine dei conservatori alla guida del Paese negli ultimi 14 anni. Dopo anni di dominio incontrastato nella vita politica scozzese, lo SNP ha riportato una sconfitta inedita, con pochi precedenti analoghi, riuscendo a confermare a *Westminster* solo 9 dei 49 seggi della passata legislatura. È venuta dunque anche meno la possibilità, o la speranza vana, di intentare la strada del *«de facto referendum»*, sostenuta fermamente da alcuni leader dello SNP dinanzi al parere negativo su *IndyRef. 2*, con la quale si suggeriva di attribuire un valore referendario alle future elezioni politiche. Secondo questa impostazione, una eventuale vittoria dello SNP in termini di seggi avrebbe dovuto essere interpretata come il conferimento di un mandato al Governo scozzese per iniziare le negoziazioni sull'indipendenza con Westminster. Se si dovesse accogliere questa lettura interpretativa del risultato elettorale, peraltro criticabile per i suoi evidenti effetti distorsivi, allora si dovrebbe pervenire alla conclusione che vi sia stata una seconda sconfitta del progetto indipendentista. Sono, dunque, molte le questioni politiche e giuridiche poste da questo secondo capitolo della vicenda indipendentista scozzese, che avranno ripercussioni di varia natura sulle modalità di riproposizione della *Scottish Question* e sui futuri assetti della *devolution*.

Per quel che interessa in questa sede, è possibile osservare come la complessiva evoluzione politica e giurisprudenziale della questione referendaria scozzese abbia rimarcato l'impatto costituzionale dei referendum di secessione nel contesto britannico e, indirettamente, la responsabilità politica dei soggetti che ne sollecitano la indizione.

Queste ultime considerazioni ci inducono a riflettere su un'altra esperienza devoluta di grande interesse, quella nordirlandese, dove il referendum rappresenta il canale istituzionale previsto dal *Northern Ireland Act* del 1998 per esercitare il diritto all'autodeterminazione e dove le conseguenze della *Brexit* hanno riattualizzato il tema della riunificazione della Repubblica d'Irlanda[35].

---

[33] S. Tierney, *The Lord Advocate's Reference: Referendums and Constitutional Convention, in UK Constitutional Law Blog*, 4 *October* 2022.

[34] *Ibidem.*

[35] E. Stradella, *Riflessioni sullo stato della devolution nell'Irlanda del Nord*, in *Costituzionalismo britannico e irlandese*, n. 2, 2025, p. 85.

La centralità del canale referendario per un'eventuale riunificazione dell'Irlanda del Nord alla Repubblica d'Irlanda

Nel Nord Irlanda il *Brexit drama* ha provocato una crisi politica, economica e commerciale di proporzioni inedite, che ha contribuito a far riemergere alcuni nodi della questione nordirlandese riaccendendo il dibattito sulla riunificazione dell'Irlanda[36].

La crisi intervenuta negli anni successivi alla *Brexit* è dipesa prevalentemente dall'applicazione del Protocollo sull'Irlanda del Nord[37], che se da un lato ha avuto il merito di individuare una soluzione strategica fondata sull'appartenenza nordirlandese ai due *single markets* (europeo e britannico) senza reintrodurre un confine fisico all'interno dell'Isola, dall'altro, ha provocato grandi complicazioni burocratiche e finanche problemi di approvvigionamento in Nord Irlanda, e, soprattutto, una dura reazione del partito unionista del *Democratic Unionist Party* (Dup), preoccupato per i potenziali effetti divisivi dal Regno Unito conseguenti alla sua implementazione.

Si è trattato di una crisi solo per certi versi inaspettata perché era quasi scontato che il recesso dall'Unione europea avrebbe avuto un impatto e delle conseguenze destabilizzanti nel contesto nordirlandese, dato che storicamente l'integrazione europea è stata un fattore di coesione importante per disinnescare il conflitto interno tra *unionist* e *nationalist* e consentire a Regno Unito e Irlanda di convivere all'interno di uno spazio giuridico comune in cui dare attuazione agli Accordi del Venerdì Santo[38]. E d'altronde la questione identitaria ha reso evidente tutto il suo potenziale divisivo nel risultato del referendum *Brexit,* che ha registrato una percentuale complessiva a supporto del *Remain* pari al 55,8%, con una netta bipartizione tra le province cattoliche/nazionaliste favorevoli alla permanenza nell'Unione e quelle unioniste/ protestanti favorevoli, invece, alla soluzione del distacco[39].

La votazione referendaria sulla *Brexit* è stata, dunque, una miccia che ha riacceso le tensioni tra unionisti e repubblicani e le divisioni politiche interne sul futuro costituzionale del Nord Irlanda, accentuando la contrapposizione tra *Sinn Fein* e *Dup* nel debole contesto politico-istituzionale della *devolution* nordirlandese. L'ipotesi della riunificazione ha contribuito a riaprire il dibattito politico e dottrinale sulle principali questioni giuridico-costituzionali e modalità procedurali legate alla sua concreta attuazione, approfondendo soprattutto la riflessione sulla

[36] C. Murray, *Northern Ireland's Post-Brexit Governance Crisis: What to Do When the Post-1998 Centre Cannot Hold*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 75, n. 3, 2024, pp. 584-612.

[37] Sul problema del Nord Irlanda nell'ambito della Brexit v. G. Caravale, *Il Nord Irlanda: un problema della Brexit di difficile soluzione*, in *Nomos.Leattualitàneldiritto.it*, 1/2021. Sul Protocollo v. F. Fabbrini (ed), *The Protocol on Ireland/Northern Ireland*, Oxford, Oxford University Press, 2022. Quest'ultimo è stato approvato al termine di una lunga e faticosa negoziazione, unitamente all'accordo di recesso, al fine di rispettare gli *Accordi del Venerdì Santo* del 1998 e impedire l'introduzione di un confine fisico all'interno dell'isola irlandese. Il Protocollo ha conferito al Nord Irlanda uno status unico in base al quale, da un lato, rimane parte integrante del territorio doganale del Regno Unito e, dall'altro, soggetto al codice doganale dell'Unione europea e alle norme del mercato unico per i beni provenienti dalla Gran Bretagna, che vengono sottoposti a controllo nei porti nordirlandesi sotto la supervisione di un *joint committee* composto da britannici ed europei.

[38] D. Schiek, *Brexit on the Island of Ireland: Beyond Unique Circumstances,* in *Northern Ireland Legal Quarterly,* vol. 69, n. 3, 2018, p. 370.

[39] A favore del *Remain* hanno votato i partiti nazionalisti, favorevoli alla permanenza nell'Unione, a cui si sono aggiunti l'*Ulster Unionist Party* e l'*Alliance Party of Northern Ireland*. Mentre per il *Leave* hanno votato i partiti unionisti, e nello specifico il *Democratic Unionist Party* e il *Traditional Unionist Voice*, a cui si è aggiunto un partito di sinistra radicale *People Before Profit*.

natura giuridica e le modalità di svolgimento del c.d. *Border Poll*[40].

A tal proposito giova ricordare che il referendum rappresenta lo strumento giuridico chiave a cui ricorrere per una eventuale ridefinizione dello status costituzionale del Nord Irlanda secondo quanto concordato nel *Good Friday Agreement* del 10 aprile 1998, accordo che è stato peraltro ratificato con due votazioni referendarie distinte sia nell'Irlanda del Nord che nella Repubblica d'Irlanda[41]. Il *Good Friday Agreement*, strutturato nel c.d. *multiparty agreement* e nel *British-Irish Agreement*[42], sebbene sia stato oggetto di giudizi discordanti, e talvolta critici, da parte della dottrina, ha rappresentato un punto di svolta indiscusso nella risoluzione dello storico conflitto nordirlandese[43], poiché per la prima volta le parti coinvolte, Regno Unito e Irlanda, hanno accettato una soluzione di compromesso sul territorio che riconosce la sovranità del Regno Unito sulle sei contee dell'Ulster unitamente al diritto all'autodeterminazione della popolazione nordirlandese[44]. L'*Agreement*, che presenta una complessità strutturale e contenutistica di cui non si può tenere conto in questo scritto, ha istituito una forma di *devolution* peculiare per il Nord Irlanda fondata su uno speciale modello di *power sharing*, riconoscendo la singolarità del territorio e prevedendo la possibilità di un'eventuale modifica del suo status costituzionale nel futuro. La principale novità del Trattato, rispetto ai pregressi accordi, risiede proprio in questi elementi, ossia nella istituzione di un modello quasi confederale di relazioni tra Nord Irlanda e Regno Unito[45] e nella possibilità di modificarlo sulla base della volontà espressa dal corpo elettorale. Un modello fondato, dunque, sull'elemento volontaristico in forza del quale si riconosce la legittimità di qualsiasi libera scelta della popolazione nordirlandese sul suo futuro costituzionale, compresa la secessione dal Regno Unito e la riunificazione con l'Irlanda, a condizione che venga compiuta con una consultazione referendaria in cui la maggioranza degli irlandesi nel nord e nel sud dell'Isola si esprimano a maggioranza con un voto libero e contestuale. Volontà referendaria a cui l'Accordo di Belfast prevede che i Governi di Regno Unito e Irlanda siano tenuti a dare seguito legislativo[46]. Il quadro giuridico così delineato assegna, dunque, piena centralità all'istituto referendario che viene configurato come il principale strumento da impiegare in via preliminare, in entrambe le parti dell'Irlanda, per verificare l'esistenza di una volontà popolare maggioritaria favorevole alla riunificazione, a cui, in caso di responso positivo, i due Stati saranno tenuti a dare attuazione.

---

[40] O. Doyle, *Northern Ireland Border Poll Must Avoid Pitfalls of Brexit Referendum*, in LSE *Brexit Blog*, 1 *July* 2019.

[41] I referendum tenutisi in Irlanda del Nord e nella Repubblica d'Irlanda ottennero, rispettivamente, il 71% e il 95% dei consensi. Mentre nella prima votazione venne richiesto ai nordirlandesi di pronunciarsi a favore o contro l'Accordo, nella seconda venne richiesto agli irlandesi di esprimersi sulle modifiche costituzionali che avrebbe determinato la sua entrata in vigore. Su questi aspetti v. G. Caravale, *Un Voto per la Pace? Il Referendum sul Belfast Agreement del 22 Maggio 1998*, in A. Torre, J. O. Frosini (a cura di), *op.* cit., pp. 191-216.

[42] Trattato internazionale che ha modificato l'*Anglo-Irish Agreement* del 1985.

[43] Per una ricostruzione storico-giuridica si v. L. Bonifati, *La questione nordirlandese alla luce di Brexit. Quale futuro per Belfast?* in *Costituzionalismo britannico e irlandese*, n. 1, 2024, p. 248. Insiste in particolar modo sul tema del centralismo e della repressione britannica E. Stradella, *L'Irlanda del Nord: lo specchio del centralismo britannico dalla repressione alla Brexit, attraverso la devolution "intermittente"*, in *Federalismi.it* n. 12, 2017.

[44] Sul diritto all'autodeterminazione del popolo nord-irlandese v. C. Donohue, *Northern Ireland Question: All-Ireland Self Determination Post-Belfast Agreement*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 47, n. 1, 2017, p. 41 ss.

[45] Parla, in particolare, di modello confederale, rispetto al modello di relazioni quasi federale di relazioni tra Scozia e Regno Unito, Id., *ult. cit.*, p. 15. Su questi temi e sull'evoluzione della *devolution*, in particolare di quella scozzese, v. A. Torre, *Devolution, quasi-federalismo, indipendenza?* in *Rivista AIC*, n. 2, 2013.

[46] Art. 1 «*it will be a binding obligation in both Governments introduce and support their respective Parliaments legislation to give effect to that wish*».

Alle *constitutional issues* del *Belfast Agreement* è stata data attuazione legislativa nell'ordinamento britannico con il *Northern Ireland Act 1998,* che, oltre a disciplinare questa peculiare forma di *devolution*, ha definito più concretamente le modalità per pervenire alla celebrazione del *Border Poll*. La *schedule* 1, al punto 2, prevede che il Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord possa indire direttamente un referendum avente ad oggetto la secessione dal Regno Unito in qualsiasi momento ritenga probabile che la maggioranza degli aventi diritto al voto sia a favore di tale opzione e all'ingresso all'interno di una Repubblica unita d'Irlanda[47]. Questa disposizione ha creato grandi incertezze interpretative sulle modalità di indizione del referendum e sulla discrezionalità del Segretario di Stato nel valutare la sussistenza delle condizioni che ne legittimano la convocazione. Nel dibattito dottrinale sono emerse diverse ipotesi che si riferiscono, prevalentemente, ad eventuali sondaggi d'opinione da cui risulti una volontà di riunificazione all'Irlanda, un'eventuale maggioranza cattolica risultante da un censimento, ovvero la presenza di una maggioranza nazionalista in seno all'Assemblea di Stormont, o finanche un voto assembleare con cui si richieda o appoggi la celebrazione di un referendum di questo tipo[48]. A queste incertezze legate alle condizioni che legittimerebbero la convocazione del referendum se ne aggiungono molte altre riguardanti la tipologia di referendum da impiegare, sia in Irlanda del Nord che in Irlanda[49], la loro eventuale simultanea celebrazione, i soggetti legittimati a votare, il quesito da sottoporre agli elettori, ma soprattutto le incertezze legate alle modalità di interazione del *Border Poll* con la complessa dinamica giuridica che dovrebbe conseguire alla sua celebrazione. Queste incertezze hanno alimentato in questi anni un interessante dibattito sulla sussistenza dei presupposti politici, sui profili giuridici, le modalità e i tempi di svolgimento dei referendum, nordirlandese e irlandese, e sulle plurime conseguenze costituzionali di un voto a maggioranza favorevole alla riunificazione delle due Irlande. In assenza di indicazioni specifiche da seguire per la riunificazione dell'Irlanda[50], una parte della dottrina insiste sull'opportunità di una negoziazione preventiva tra le parti coinvolte, Regno Unito, Irlanda del Nord e Irlanda, per definire previamente i passaggi procedurali e gli assetti costituzionali che dovrebbero conseguire alla secessione dal Regno Unito, al fine di rendere il voto referendario più informato e consapevole e di evitare i rischi connessi ad una situazione di generale incertezza originata da tale votazione, similmente a quanto è accaduto con il referendum Brexit[51]. È vero che il *Border Poll* è stato concepito come una votazione dagli effetti vincolanti, nella misura in cui si precisa che i Parlamenti di Regno Unito e Irlanda saranno chiamati a dare attuazione legislativa alla volontà maggioritaria espressa per via referendaria. E pertanto non dovrebbe soffrire dell'incerto destino legato alla natura consultiva e non vincolante del referendum *Brexit* e dei referendum separatisti che si sono celebrati nella prassi costituzionale. È vero anche che un eventuale risultato favorevole alla riunificazione aprirebbe una serie di incognite giuridiche e costituzionali legate, ad esempio, alle modalità di incorporazione dell'Irlanda del Nord, al processo di rifondazione costituzionale nella Repubblica d'Irlanda, così come al futuro della *devolution* nordirlandese in una Irlanda unita, e

[47] *«the Secretary of State shall exercise the power under paragraph 1 if at any time it appears likely to him that a majority of those voting would express a wish that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland».*

[48] Su questi aspetti si rinvia ad A. Whysall, *A Northern Ireland Border Poll, London*, *The Constitution Unit UCL*, 2019, pp. 6-7; e alle valutazioni espresse nel *Final Report* del *Working Group on Unification referendum on the Island of Ireland,* in *The Constitution Unit*, *May* 2021.

[49] C. Martinelli, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie…,* cit., pp. 773 ss.

[50] O. Doyle, *Process for Irish Unification. Perspectives from Irish Constitutional Law*, in *IACL-AIDC Blog*, 20 *February* 2020.

[51] Id., *Northern Ireland border poll must avoid pitfalls of Brexit Referendum,* in *LSE Brexit Blog,* 1 *July* 2019.

infine ad un eventuale quadro di garanzie poste a tutela della minoranza *nationalist*[52].

Le plurime questioni collegate al processo di riunificazione sono divenute di grande attualità politica nel contesto *post Brexit*, specie dopo la vittoria alle elezioni devolute del 2022 dello *Sinn Fein* e la costituzione nel 2024 del primo Governo della storia nordirlandese a guida repubblicana. Il nuovo Governo guidato dalla leader dello *Sinn Fein*, Michelle O'Neill, alla carica di *First Minister*, e da Emma Little-Pengelly del *Dup* alla vicepresidenza, ha permesso di superare una situazione di stallo nella regione, rimasta priva di un Esecutivo per ben due anni, e di gettare le basi per rilanciare la questione del referendum di riunificazione quale obiettivo politico da conseguire nell'arco di un decennio.

Va aperta una breve parentesi per ricordare che la costituzione di questo Governo è stata resa possibile grazie al superamento dell'opposizione dei democratici unionisti con il conseguimento di due importanti traguardi politici da parte del Governo britannico, ossia il *Windsor Framework* del 2023 e il *Safeguarding the Union* del 2024, che sono serviti a semplificare le relazioni commerciali tra Regno Unito e Irlanda del Nord e a migliorare la posizione nordirlandese nel quadro del Regno Unito e dell'Unione. Nello specifico, il *Windsor Framework*, accordo approvato a integrazione del Protocollo dell'Irlanda del Nord, ha introdotto delle innovazioni significative per facilitare la circolazione di determinate merci[53], per superare gli eccessi di burocratizzazione, le difficoltà di importazione ed esportazione, e per consentire al Nord Irlanda di porre un freno, in circostanze eccezionali, all'applicazione di nuove regole commerciali adottate nell'Unione europea riguardanti il *Framework*, il c.d. *«Stormont brake»*[54]. Il *Safeguarding the Union* rappresenta un accordo interno di alto valore politico negoziato tra il Governo britannico e il Dup, che ha introdotto nuove misure per implementare gli effetti del Protocollo e del *Windsor Framework*, riuscendo così a superare definitivamente il veto dei democratici unionisti alla formazione del nuovo Governo devoluto.

In questo rinnovato quadro di maggiore distensione politica, costituito dalla presenza del nuovo Governo consociativo a guida repubblicana e da più stabili equilibri promossi dai due nuovi accordi, si sono create le condizioni per discutere più concretamente la possibilità di svolgere un referendum sullo status costituzionale dell'Irlanda del Nord. L'opzione referendaria — come già detto — oltre ad essere sostenuta politicamente dallo *Sinn Fein*, sembra che abbia iniziato ad essere supportata da una parte più ampia della società civile, non soltanto dalla maggioranza di nazionalisti irlandesi tendenzialmente favorevoli sia alla celebrazione di un *Border poll* che alla riunificazione delle due Irlande, ma anche da gruppi più moderati con posizioni più neutrali rispetto alla questione secessionista[55]. Il crescente consenso della società civile all'ipotesi di un referendum di riunificazione è un fattore rilevante che dovrà essere monitorato e preso in considerazione dal Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord. La questione referendaria nordirlandese, tuttavia, non rientra minimamente nei propositi del Gov-

[52] Parla di rischi di un eventuale salto nel buio C. Martinelli, *La Brexit e la Costituzione britannica…*, cit., 278.

[53] V. C. Martinelli, Windsor Framework*, ovvero come gestire la Brexit cercando la quadratura del cerchio,* in *Diritti comparati*, del 9 marzo 2023.

[54] Il freno deve riguardare regole che rischino di avere un comprovato impatto negativo per la vita di tutti i giorni nell'Irlanda del Nord e può essere attivato mediante una complessa procedura fondata sui criteri della *cross community support*, che rilascia tuttavia al Regno Unito e all'Unione europea la decisione ultima circa la sua concreta attivazione. Su questi aspetti G. Caravale, *Il* Windsor Framework *e i difficili equilibri post Brexit,* in *Nomos.Leattualitaneldiritto.it,* n. 1, 2023.

[55] Il consenso degli elettori è cresciuto in questi anni e sembra che nel 2022 si assesti attorno al 31% degli aventi diritto al voto. Su questi temi si v. J. Doyle, E. Connolly, *Brexit and the Northern-Irish Question*, in F. Fabbrini (ed), *The Law and Politics of Brexit*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 139-160; e alle considerazioni di L. Bonifati, *cit.*,265, che osserva come sia importante ricordare che il dibattito conseguente alla Brexit e alle successive vicende politiche interessi e investa pienamente la società civile.

erno britannico laburista di Keir Starmer e del nuovo Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord, Hilary Benn, il quale ha espressamente dichiarato nel luglio del 2024 che il referendum fosse *«not even on the horizon»*, respingendo la richiesta di precisare i criteri esatti per la indizione del referendum[56].

Alla resistenza britannica alla celebrazione di un referendum, si aggiunge la recente formazione nella Repubblica d'Irlanda di un Governo di coalizione costituito da *Fianna Fáil* e *Fine Gael*, che non ritengono prioritaria la questione del referendum di riunificazione, lasciando per ora lo *Sinn Fein*, primo partito d'opposizione nel *Dáil* in seguito alle elezioni del 2024, a perorare da solo la causa della riunificazione.

Queste brevi riflessioni evidenziano, dunque, come la questione referendaria nordirlandese sia densa di implicazioni politiche e giuridiche che non permettono di fare alcuna previsione per il futuro. Sicuramente il *Border Poll* rimane lo strumento attraverso il quale garantire l'esercizio del diritto all'autodeterminazione della popolazione nordirlandese e l'obiettivo legittimo della riunificazione nella Repubblica d'Irlanda, ma molte incertezze sono legate al contesto complesso e polarizzato entro il quale dovrebbe dispiegare i suoi effetti giuridici. Un punto condiviso, che sembra emergere dagli studi e dalle riflessioni dottrinali più recenti avanzate alla luce dell'esperienza referendaria della Brexit[57], è la necessità di ponderare molto attentamente i tempi e i modi in cui ricorrere al canale referendario, inserendo entrambe le votazioni referendarie all'interno di una dinamica procedurale e giuridica predefinita che vada a individuare, prima della loro celebrazione, i passaggi successivi e le soluzioni costituzionali conseguenti alla scelta di una eventuale riunificazione, consentendo così agli elettori di esprimersi con un voto consapevole e informato e scongiurando scenari di incertezza politica e costituzionale.

5. **Considerazioni conclusive**

Le esperienze esaminate inducono a riflettere nelle conclusioni su due ordini di questioni. Se da un lato mettono in luce la rilevanza e l'impatto acquisiti dal referendum nei processi di ridefinizione degli assetti costituzionali e di ridistribuzione della sovranità nel quadro del sistema multilivello britannico, dall'altro suggeriscono di seguire, in futuro, alcune cautele per un uso ponderato, consapevole e democratico di tale istituto, specie quando siano in gioco questioni di grande complessità politica e costituzionale non facilmente accessibili, nella pienezza delle loro implicazioni, al corpo elettorale. Un approccio più cautelativo è stato suggerito, d'altronde, anche dalla *Independent Commission on Referendum* nell'ambito del *report* pubblicato nel 2018[58], che evidenzia l'esigenza di utilizzare con moderazione l'istituto fintanto che non saranno individuati dei modi efficaci per garantire la qualità democratica dell'istituto e una sua piena compatibilità con il sistema di democrazia rappresentativa[59]. La soluzione per conseguire tale risultato non sembra sia, in un contesto di

[56] R. Carroll, *Prospect of Irish unification referendum remains remote despite Sinn Féin gains*, in *The Guardian*, 16 *July* 2024.

[57] In questa direzione si rinvia all'esame delle diverse proposte formulate nel *Final Report* del *Working Group on Unification referendum*…, cit.

[58] *Report of the Independent Commission on Referendums* (*Constitution Unit*, UCL *July* 2018).

[59] Id., punto 9 *«[u]ntil effective ways of ensuring the democratic quality of referendums have been found, they should be used with caution»*.

Uncodified Constitution, quella di definire a priori e in maniera tassativa le *constitutional issues* che legittimano la convocazione del referendum, perché tale catalogazione rischierebbe di risultare troppo vincolante per il Governo e il Parlamento e di snaturare la funzionalità dell'istituto che *«is driven by political pragmatism, not constitutional principle»*[60]. La prassi costituzionale di questi anni spinge, anche alla luce dei suggerimenti espressi in quest'ultimo parere, ad una maggiore ponderazione nell'utilizzo del referendum e ad un miglioramento della sua strutturazione e regolamentazione giuridica, cercando di superare quegli aspetti che si sono rivelati particolarmente critici nel corso delle ultime esperienze referendarie. A tal proposito l'esperienza della *Brexit*, che ha messo in luce i vari rischi connessi al ricorso di uno strumento di democrazia diretta, nella sua forma dicotomica e semplificata, su una tematica di portata dirompente e divisiva come il recesso dall'Unione europea, ha dimostrato come l'asimmetricità del quesito sia stata uno degli elementi maggiormente destabilizzanti della complessiva operazione referendaria. Le conseguenze di questa "ingenuità prospettica" del Governo e del legislatore britannico suggeriscono per il futuro di considerare l'impatto complessivo e le conseguenze di una votazione popolare sul sistema costituzionale, prima di procedere alla sua indizione, e di calarla all'interno di un contesto procedurale e giuridico ben definito per scongiurare quegli effetti di incertezza che possono dipendere da una carente pianificazione e da una difettosa regolamentazione legislativa. Queste considerazioni hanno indotto a guardare con maggior scetticismo i referendum pre-legislativi, portando, per esempio, la *Independent Commission on Referendum* ad affermare nelle sue conclusioni che *«wherever possible, referendums should be held post-legislatively»*[61], riconoscendo gli indiscutibili vantaggi di consultazioni referendarie in cui le conseguenze giuridiche delle opzioni in gioco siano chiare, immediate, automatiche e speculari, come per esempio quelle sulla *devolution* del 1979 o quella del 2011 sulla riforma del sistema elettorale. In realtà si tratta di una strada non sempre percorribile nella prassi, che spinge nel medesimo parere gli esperti a sottolineare l'importanza di specificare, in ogni caso, le conseguenze del voto tramite la pubblicazione di un *White Paper* da parte del Governo[62], ovvero ad abbinare un referendum pre-legislativo, rivolto a conferire al Governo un mandato iniziale per negoziare una determinata questione, con un referendum post-legislativo, per richiedere la convalida popolare sulla proposta definitivamente approvata. Le soluzioni adottate possono essere varie a seconda della singola questione da sottoporre a referend-

[60] Id., punto 2.
[61] Id., punto 18.
[62] Id. punti 19, 20.

um, ma devono essere sempre rivolte a garantire la massima chiarezza e democraticità della complessiva operazione referendaria.

> Va osservato, poi, come queste esigenze di chiarezza, democraticità e trasparenza delle votazioni referendarie si siano rinvigorite anche alla luce degli indirizzi interpretativi delle sentenze Miller I e Miller II, e, soprattutto, della *reference* della Corte Suprema, che hanno contribuito a rafforzare la vincolatività politica e democratica del referendum e il suo seguito istituzionale, con la conseguenza di richiamare gli attori istituzionali alla massima responsabilità politica nell'attivazione di tale istituto.
> Le evoluzioni descritte avranno delle ricadute sull'andamento delle future dinamiche referendarie nel Regno Unito, specie su eventuali referendum di secessione che, se sembrano divenuti un'ipotesi più remota nell'orizzonte politico-istituzionale scozzese, potrebbero trovare applicazione nel contesto nordirlandese, dove sembra vi sia un consenso diffuso ad introiettare la lezione della *Brexit* e a definire previamente i passaggi procedurali e gli assetti costituzionali conseguenti al *Border Poll* nelle due parti dell'Irlanda.
> In conclusione, l'insegnamento che si può trarre per il futuro dalla recente prassi costituzionale è quello di valutare attentamente quando e come ricorrere a uno strumento così nobile ma rischioso come quello referendario, al fine di evitare eventuali degenerazioni applicative o torsioni populistiche, da cui tale istituto non sembra immune nemmeno nel contesto politico-costituzionale e culturale britannico[63].

[63] E. Daly, *Populism and Popular Sovereignty in the UK and Irish Constitutional Orders*, in O. Doyle, A. McHarg, J. Murkens, *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom Constitutions Under Pressure,* Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-61F

costituzionalismo britannico e irlandese

Giurisdizione costituzionale

Mediazione obbligatoria ed access to justice nel diritto inglese: il dibattito attuale

Edoardo Viligiardi
Dottore Magistrale in Giurisprudenza, Università degli Studi di Firenze

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Mediazione obbligatoria ed access to justice nel diritto inglese: il dibattito attuale**

di Edoardo Viligiardi*

Abstract (Ita): L'articolo si propone di analizzare l'interazione tra l'obbligatorietà della mediazione ed il principio di access to justice nel diritto inglese con particolare attenzione al dibattito attuale, da un'ottica comparatistica. Il ricorso ai metodi alternativi di risoluzione dei conflitti (ADR) è stato incentivato in molti sistemi giuridici essenzialmente per porre rimedio al sovraccarico che grava sulle corti. L'esigenza di unamaggior efficienza del sistema giudiziale ha determinato in alcuni Paesi europei — come l'Italia, la Spagna e l'Inghilterra — l'emanazione di previsioni di legge volte a imporre lo svolgimento di un tentativo di mediazione al fine di favorire la soluzione extragiudiziale di una serie di controversie, in materia civile e commerciale. Dopo aver ricostruito l'architettura della garanzia del giusto processo, l'articolo descrive il dibattito e analizza le circostanze che hanno portato all'introduzione della compulsory mediation nell'ordinamento giuridico inglese. Particolare attenzione è data, oltre che alla giurisprudenza nazionale — e, in special modo, alcune decisioni della UK Supreme Court —, anche alle pronunce della Corte EDU e della CGUE, che nel complesso contribuiscono a delineare la concreta portata del principio di accesso alla giustizia, nonché il suo rapporto con gli strumenti di ADR. Si svolgono infine delle considerazioni generali sui risvolti pubblicistici del tema, data la sua centralità ai fini di una tutela effettiva dei diritti.

Abstract (Eng): The article aims at analysing the interaction between the mandatory nature of mediation and the principle of access to justice in English law with a special focus on the current debate, from a comparative perspective. Due to the increasing need for efficiency, the use of ADR mechanisms has been encouraged to address the judicial overload that courts are currently experiencing across Europe. Countries such as Italy, Spain, and England have even gone so far as to make some of these out-of-court instruments mandatory. The article focuses specifically on the role assigned to mediation in the English legal system. After depicting the framework of the access to justice principle, the debate and circumstances that led to compulsory mediation in England are examined in depth. Particular attention is given to the analysis of the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), the Court of Justice of the European Union (CJEU), and the judicial decision taken by English national courts, which together contribute to defining the content of the principle and its relationship with ADR mechanisms. Finally, some general considerations are proposed, in respect of public law implications of the judicial process in effectively safeguarding rights recognized by the legal system.

Parole chiave: Mediazione obbligatoria; Accesso alla giustizia; ADR

Keywords: Compulsory Mediation; Access to Justice; ADR

Sommario: 1. Introduzione; 2. La mediazione e l'access to justice secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo; 3. Il quadro europeo nel nuovo scenario post-Brexit: un'importante pronuncia della UK Supreme Court, il caso UNISON.; 4. La mediation alla luce delle riforme attuate nel diritto inglese (dagli anni '90 ad oggi); 5. The duty to consider mediation.; 6. Il dibattito sulla compulsory mediation.; 7. Conclusioni

1. Introduzione

Il diritto al giusto processo — tradizionalmente riassunto dalla formula *access to justice* —, ossia la garanzia di poter accedere a una corte per la tutela dei propri diritti e interessi, è

** Contributo sottoposto a double blind review.
* Dottore Magistrale in Giurisprudenza, Università degli Studi di Firenze

un tassello fondamentale, un requisito essenziale per far sì che questi possano ricevere una protezione piena ed effettiva[1].

Negli ultimi cinquant'anni tutti quei mezzi di risoluzione extragiudiziali delle controversie comunemente noti come ADR (*Alternative Dispute Resolution*), dichiaratamente alternativi al processo civile, sono stati promossi in vari contesti con diverse modalità, ma oggi stanno vivendo una fase di ancor più ampia diffusione, in tanti ordinamenti giuridici. In particolare, sembra che la mediazione sia stata valorizzata — talora esaltata — innanzitutto per la sua potenzialità deflattiva. In effetti, il carico del sistema giudiziario è davvero gravoso in molti paesi. Il che si traduce in tempi dei giudizi irrimediabilmente più lunghi del dovuto, dalla durata talora "irragionevole"[2]. Si tratta di un problema che compromette l'efficienza della giustizia, al quale si è cercato di porre rimedio facendo ricorso alla mediazione, data la sua snellezza ed economicità. Si è iniziato così a incentivare l'uso degli strumenti ADR, fra i quali si è privilegiata la mediazione, contemplando talora come obbligatorio il relativo procedimento, da intraprendere prima dell'instaurazione di un processo civile, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Infatti, Paesi come l'Italia e la Spagna hanno previsto meccanismi simili per ridurre il sovraccarico di cui i sistemi di giustizia moderni soffrono[3]. Anche il Governo inglese ha intenzione di rendere obbligatorio l'esperimento di un tentativo di mediazione per alcune categorie di controversie[4]. Intanto, attraverso un *pilot project*, è stata temporaneamente imposta — dal maggio 2024 al maggio 2026 — la mediazione come passaggio obbligatorio per tutte quelle azioni aventi ad oggetto la richiesta di una determinata somma di denaro[5]. Uno strumento sperimentale[6], questo, la cui adozione non può stupire: le istituzioni nazionali, infatti, sono solite sottoporre a sperimentazione le proprie riforme prima di renderle

---

[1] *«The enforcement or procedural protection is merely another side of the content of the right».* Così, R. P. Claude, *Comparative Rights Research: Some Interactions Between Law and Social Sciences*, in Id. (ed.), *Comparative Human Rights*, Baltimore London, John Hopkins University Press, 1976, p. 395. «*Effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement — the most basic "human right" — of a system which purports to guarantee legal rights*». Così, M. Cappelletti, B. Garth, N. Trocker, *Access to Justice: Comparative General Report,* in *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law,* vol. 40, n. 3-4, 1976, p. 672. La materia è molto vasta e, in questa sede, si può solo far rinvio ad alcuni contributi: R. Lillo Lobos, *Understanding Due Process in Non-Criminal Matters: How to Harmonize Procedural Guarantees with the Right to Access to Justice*, Cham, Springer, 2022, pp. 1-15; J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in *NYU School of Law, Public Law Research Paper,* n. 10-73, 2010; N. Trocker, *Processo e giustizia: attualità del pensiero di Piero Calamandrei*, in S. Merlini (a cura di), *Piero Calamandrei rettore dell'Università di Firenze: la democrazia, la cultura, il diritto*, Milano, Giuffré, 2005, pp. 51-87.

[2] L'Italia ha provato a porre rimedio a tali ritardi attraverso la legge n. 89 del 24 marzo 2001, nota come legge "Pinto" (*vd*. https://www.giustizia.it).

[3] *Vd*. par. 7.

[4] Come si accennerà tra breve (*vd. infra* parr. 4 e 5), la mediazione, nel settore in esame, era stata promossa anche in precedenza. Per una chiara sintesi, *cfr*. P. Cortés, *The Promotion of Civil and Commercial Mediation in the UK*, *University of Leicester School of Law Research Paper* n. 15-23, 2015, in SSRN: https://ssrn.com e P. Cortés, *Incentivi normativi al ricorso all'Alternative Dispute Resolution nelle controversie civili e familiari: una prospettiva di common law*, in E. Urso (a cura di), *La mediazione familiare "oltre il conflitto": la comparazione giuridica all'interno di un percorso interdisciplinare*, Firenze, Firenze University Press, 2013, pp. 101-118.

[5] Sull'Inghilterra ed il suo rapporto con la *compulsory mediation*, avremo modo di parlarne a breve (*vd*. *infra* par. 6).

[6] Il *Pilot mediation scheme* cui si fa riferimento è denominato *Small Claims Mediation Service*. *Cfr*. da ultimo la sintesi curata dalla Law Society, *Small claims mediation*, 28.1.2025: https://www.lawsociety.org.uk. Sul ruolo dei *Pilot Projects* con riferimento, più in generale, alle scelte dei *policymakers, vd*., in breve, il rapporto del Government Chief Social Researcher's Office intitolato *Trying It out the Role of 'Pilots' in Policy-Making. Report of a Review of Government Pilots*, London, 2003, *passim* (https://assets.publishing.service.gov.uk).

definitive, così da valutarne gli effetti e soprattutto l'opportunità[7].
Tali esperienze dimostrano come sia sempre più chiara la tendenza alla privatizzazione della giustizia. Ma se il processo civile è così importante per garantire la piena attuazione dei diritti, sorge spontaneo chiedersi, in primo luogo, se sia ammissibile imporre l'esperimento di un tentativo di mediazione per accedervi ed interrogarsi, quindi, sulle possibili ripercussioni di una simile scelta o, meglio, domandarsi se tale imposizione costituisca una ragionevole e proporzionata limitazione del principio di *access to justice* oppure implichi un suo iniquo impedimento. Si tratta di quesiti che reclamano la massima attenzione, ma cui si può dare una risposta solo alla luce degli esiti prodotti da simili, rilevanti innovazioni, senza trascurare il quadro di garanzie, di rango primario — da reputare il fondamento di ogni assetto realmente democratico — che è necessario tener sempre presente nell'esame della materia. Di qui, l'esigenza di proporre un'analisi che si diparte, innanzitutto, dallo scenario europeo, che passa quindi ad esaminare il diritto inglese per formulare, infine, qualche breve riflessione comparatistica, incentrata sui profili processual-civilistici ma profondamente correlata a questioni riguardanti temi di diritto costituzionale, di assoluta importanza altresì in quegli ambiti del diritto — privato e commerciale — ove si osserva una crescente espansione della mediazione, la cui natura obbligatoria potrebbe incidere sul diritto a un giusto processo, qualora si determinassero delle limitazioni da ritenere "eccessive"[8].

2. La mediazione e l'*access to justice* secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo

Soprattutto nei sistemi di *common law* si tende a sottolineare che un interesse giuridicamente protetto esiste nella misura in cui è tutelato da una Corte. Il principio di *access to justice* sembra dunque ancor più importante per questi ordinamenti giuridici, ove la giurisprud-

[7] Così è accaduto in Italia nel 2013, quando era stata reintrodotta la mediazione pregiudiziale con il d.l. 69/2013. Al tempo era stata introdotta sperimentalmente, essendo stato previsto un periodo di quattro anni (comma 1-bis all'art. 5 d.lgs. 28/2010). Anche la legge delega 26 novembre 2021, n. 206 ("riforma Cartabia") ha adottato uno schema simile, contemplando una durata di cinque anni (art. 1, comma 4, let. *c* della legge delega 26 novembre 2021, n. 206). *Vd.* M. Lupano, *La riforma della mediazione*, in *Judicium-Il processo civile in Italia e in Europa Rivista trimestrale*, 2022, in http://judicium.it. Limitando a un brevissimo richiamo i cenni all'esperienza francese, si possono ricordare — tra le sintesi a cura di organi istituzionali — le osservazioni del Sécrétariat général del Conseil d'État intitolato *Expérimentation de la médiation préalable obligatoire (MPO) - Bilan final* Paris, 2021 e, da ultimo, il rapporto curato dal Conseil National de la Médiation, *Rapport d'etape du Conseil National de la Médiation. Juin 2023 – Novembre 2024*, Paris, Ministère de la Justice, 2014 (https://www.justice.gouv.fr).
[8] *Vd. infra* par. 2.

enza svolge una funzione primaria[9], tra le fonti del diritto[10]. Com'è noto, nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la salvaguardia delle libertà fondamentali (d'ora innanzi: CEDU, Convenzione di Roma), all' articolo 6 si afferma il *right to a fair trial*[11] e all'articolo 13 il *right to an effective remedy*[12].

Attraverso la cosiddetta *incorporation* della Convenzione di Roma del 1950, entrata a far parte del diritto interno (*domestic sources of law*) a seguito dell'entrata in vigore dello *Human Rights Act* 1998[13], dopo decenni dalla ratifica da parte del Regno Unito, si è sancito a chiare lettere che la CEDU e la giurisprudenza della sua corte sono imprescindibili per com-

[9] Quanto al sistema giuridico inglese, in età contemporanea, sul tema *cfr.* S. Laws, *Parliamentary Sovereignty, Statutory Interpretation and the UK Supreme Court*, in *The UK Supreme Court Yearbook*, vol. 10, 2021, pp. 160-206. Sui mutamenti intervenuti negli ultimi anni, *vd*. G. Caravale, *La Corte Suprema in un decennio di cambiamenti costituzionali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2020, pp. 27-45. Sugli sviluppi più recenti in materia di *parliamentary sovereignty*, *cfr.* J. Mcconalogue, *The British Constitution Resettled. Parliamentary Sovereignty Before and After Brexit*, London, Palgrave Macmillan, 2020, *passim*; C. Fasone, *Le trasformazioni della sovranità parlamentare nel Regno Unito: una lettura critica*, in *Rivista CBI*, n. 1, 2024, pp. 1-40.

[10] Gli ordinamenti di *common law* si ispirano alla logica sottesa al noto brocardo: «*ubi remedium ibi jus*», a differenza di quel che tradizionalmente accade nei paesi di *civil law* contemporanei, in cui il riconoscimento dei diritti e degli interessi precede il rimedio accordato. Di qui, la formula: «*ubi jus, ibi remedium*». *Vd*. P. O'Callaghan, *Reversing Ubi Remedium Ibi Jus in the Common Law: The Right of Privacy*, in *European Review of Private Law*, vol. 15, n. 5, 2007, pp. 659-683. Sulla cosiddetta "prospettiva rimediale", negli Stati Uniti d'America, *cfr.* U. Mattei, *Diritto e rimedio nell'esperienza italiana ed in quella statunitense. Un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1987, pp. 341 ss. Quanto alla centralità della *judge made law*, anche nell'era contemporanea in cui la *statutory law* ha assunto da tempo un'indubbia rilevanza, per un'attenta analisi, *vd.* P.S. Atiyah, *Common Law and Statute Law,* in *Modern Law Review*, vol. 48, n. 1, 1985, pp. 1-28.

[11] Accanto alle tradizionali garanzie connesse al "giusto processo", la giurisprudenza della Corte EDU — in 21 febbraio 1975, *Golder v. UK*, n. 4451/70, §§ 35-36 (*vd*. https://hudoc.echr.coe.int/eng) — ha rinvenuto nell'art. 6 il diritto di accedere al giudice. *Vd*. N. Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 229-235; A De Luca, *Rule of law e accesso al giudice in Inghilterra. Un diritto sotto attacco?*, in A. Chizzini, D. Abraham et al. (a cura di), *Processo civile e costituzione: omaggio a Nicolò Trocker*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. 379-382.

[12] Nella traduzione in italiano del testo della Convenzione, redatta nelle due lingue ufficiali del Consiglio d'Europa (inglese e francese), si fa riferimento, rispettivamente al diritto a "un *equo* processo" (art. 6) e ad "un *ricorso* effettivo" (art. 13) — https://presidenza.governo.it — con terminologia simile alla versione in francese *(Droit à un procès équitable* e *Droit à un recours effectif)*. In inglese il riferimento alla *fairness* del *trial* e alla natura effettiva del *remedy* pare evocare, rispettivamente, l'ampiezza della sfera cui si applica la garanzia in esame — rispetto al *due process of law* —, comprensiva del procedimento dibattimentale, e alla concretezza del mezzo di tutela processuale *(remedy)* di cui assicurare l'effettività. *Cfr.* sull'equo processo, nei giudizi davanti alle Corti costituzionali, R. Ibrido, *Intorno all'"equo processo costituzionale": il problema della operatività dell'art. 6 CEDU nei giudizi dinanzi ai tribunali costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2016, pp. 1-32 (*vd*. https://www.rivistaaic.it).

[13] *Human Rights Act* 1998 c. 42, «*An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purposes*». Per un inquadramento generale *vd.* A. De Vita, *Strategia e complessità di un riscatto democratico: notazioni sullo Human Rights Act inglese (1998)*, in G. Alpa (a cura di), *L'essenza della democrazia: i diritti umani e il ruolo dell'avvocatura*, Roma, Carocci, 2010, pp. 79-99; G. F. Ferrari, *La Convenzione europea e la sua «incorporation» nel Regno Unito,* in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo,* n. 1, 1999, pp. 125 e ss.; A. Clapham, *The European Convention on Human Rights in the British Courts. Problems Associated with the Incorporation of International Human Rights*, in P. Alston (ed.), *Promoting Human Rights through Bills of Rights*, New York, Clarendon Press, 1999, pp. 95 ss. Lo *Human Rights Act* ha da sempre alimentato il dibattito, come dimostrato in S. Sonelli, *Dallo Human Rights Act ad una nuova Carta dei Diritti?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2012, pp. 175-182. Addirittura, nel 2022 era stato presentato un progetto di riforma volto ad introdurre un nuovo *Bill of Rights* che sostituisse «*the Human Rights Act and administrative law to ensure that there is a proper balance between the rights of individuals, our vital national security and effective government*» (*cfr.* House of Commons Library, *Reform of the Human Rights Act 1998*, 2021 (*vd*. https://researchbriefings.files.parliament.uk)), ma è stato ritirato l'anno successivo. Per sapere cosa ne pensasse la *Law Society* al riguardo *vd*. https://www.lawsociety.org.uk.

o nazionale[14]. Il fatto che lo *Human Rights Act* non faccia alcuna menzione all'art. 13 della CEDU[15], non implica che tale garanzia non operi, in quanto — come sostenuto in via interpretativa — sarebbe stato superfluo ricomprenderla espressamente, non essendo stato ritenuto necessario specificare la necessità di assicurare un «*effective remedy*» di fronte alla violazione di un diritto, giacché lo *Human Rights Act* è stato promulgato proprio a tal fine[16].
L'accesso alla giustizia potrebbe essere inteso dunque, ad un primo sguardo, come il diritto di adire una corte, per la tutela effettiva di un proprio interesse, cui garantire protezione giuridica[17]. La presenza di un giudice parrebbe pertanto essere un requisito imprescindibile per il rispetto del principio. Viene subito da chiedersi come mai, allora, gli ADR (*Alternative Dispute Resolution*) — notoriamente strumenti extragiudiziali, alternativi al tradizionale processo di fronte al giudice —, e in particolare la mediazione, siano così diffusi; ma, soprattutto, come mai alcuni Stati abbiano potuto imporli come obbligatori o, meglio, contemplare il ricorso agli stessi quale precondizione per ricorrere a un giudice[18].
Non essendo possibile delineare una gerarchia tra diritti fondamentali, è indispensabile procedere al loro bilanciamento, ogniqualvolta essi si presentino come confliggenti. Anche il diritto all'accesso alla giustizia non può considerarsi in termini assoluti, senza alcuna limitazione. Di qui, la necessità di comporre un equilibrio, come sempre frutto di «un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»[19].
Il diritto di cui all'art. 6 CEDU può, infatti, essere legittimamente ristretto purché, tuttavia, la limitazione persegua uno scopo legittimo, sia proporzionata[20] e l'essenza del diritto

[14] Quanto alla relazione tra il principio della *Parliamentary sovereignty* e lo *Human Rights Act* (1998), cui si fa cenno *infra* nel testo, *vd*. A. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford-Portland, Hart-Bloomsbury, 2009, *passim*.
[15] Come, del resto, può dirsi quanto all'art. 1 della Convenzione di Roma, che ne definisce l'ambito applicativo. Come recita la sua rubrica *(Obligation to respect Human Rights)*, si impone un preciso dovere: *«The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention»*. Indipendentemente dalla nazionalità, "chiunque" si trovi nella loro "giurisdizione" è destinatario della tutela dei diritti e le libertà sancite dalla CEDU.
[16] *«Article 13 makes sure that if people's rights are violated they are able to access effective remedy. This means they can take their case to court to seek a judgment. The Human Rights Act is designed to make sure this happens»*. Così, la *Equality and Human Rights Commission* inglese (*vd*. https://www.equalityhumanrights.com).
[17] L'art. 6, I, CEDU recita *«everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law»;* nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea si fa riferimento al *«right to an effective remedy before a tribunal»*.
[18] *Vd. supra* par. 1.
[19] Così si è espressa la Corte Costituzionale italiana in merito al bilanciamento tra diritti fondamentali. È passata alla memoria la famosa espressione del "diritto tiranno", costituito da quella situazione giuridica che si espande illimitatamente a scapito delle altre. *Cfr.* Corte Cost., 9 aprile 2013, n. 85, § 9. Per il testo della pronuncia e un commento, *vd*. L. Busatta, *Corte costituzionale – sent. 85/2013: Caso ILVA*, in https://www.biodiritto.org, 2013.
[20] Corte EDU, 28 maggio 1985, *Ashingdane v. The United Kingdom*, n. 8225/78, §38: *«a restriction will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aims sought to be achieved»*. (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/eng).

non sia lesa[21]. Concetti, questi, puntualizzati da tempo dalla giurisprudenza della Corte EDU[22].

Nel seguire un orientamento accolto anche da altre corti internazionali, i giudici di Strasburgo interpretano sia il concetto di "tribunale", sia quello di "giudice" in maniera piuttosto estensiva, nel senso che il termine "tribunale" non si debba intendere necessariamente in modo "classico", come organo afferente all'ordine giudiziario[23]. A loro avviso, anche un organismo extragiudiziale può essere considerato tale, ai sensi dell'art. 6 CEDU, qualora offra però adeguate garanzie di indipendenza e imparzialità, nello svolgimento di funzioni corrispondenti a quelle giurisdizionali. Il che richiede una verifica, da compiere nel singolo caso concreto, non essendo formulata alcuna definizione generale, di ampia portata, al riguardo[24]. Tra l'altro l'art. 13 della CEDU non parla nemmeno di "tribunale", bensì di "istanza nazionale", dimostrando, ancora una volta, come non sia necessariamente richiesta una corte in senso stretto perché si possa reputare operante il diritto a un *effective remedy* e doveroso il suo rispetto, da parte delle autorità nazionali degli Stati membri del Consiglio d'Europa[25].

Il significato dell'espressione "scopo legittimo"[26], ossia della finalità in virtù della quale appare lecito limitare il principio, non è mai stato definito esplicitamente, ma è intuibile dalle precisazioni compiute dalla Corte EDU. Per esempio, sono state considerate compatibili con l'art. 6 le norme che, al fine di finanziare il sistema giudiziario e di limitare la proposizione di *frivolous claims* (liti temerarie), impongono di sostenere dei costi, perché si possa adire una corte ed accedere al giudizio[27]. Limitazioni, queste, che si propongono, quale finalità, di migliorare l'efficienza della giustizia, garantendo al sistema giudiziario maggiori disponibilità economiche e risorse più elevate, da destinare alle cause che le richiedano.

Strettamente collegato alla legittimità degli obiettivi è il requisito della proporzionalità. Non solo viene richiesto che le limitazioni siano ispirate a fini meritevoli, ma anche che le misure che le realizzano siano proporzionali e ragionevoli. Queste, infatti, possono solo attuare gli obiettivi che si sono prefissi, sacrificando il meno possibile il diritto di accesso alla

---

[21] Corte EDU, 12 luglio 2007, *Stankov v. Bulgaria*, n. 68490/01, §50: *«This right is not absolute. By its very nature it calls for regulation by the State and may be subject to limitations permitted by implication. However, these limitations must not restrict or reduce a person's access in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired».* (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/eng).

[22] Corte EDU, 26 marzo 2016, *Momcilovic v. Croatia*, n. 11239/11, §43: *«where the individual's access is limited either by operation of law or in fact, the Court will examine whether the limitation imposed impaired the essence of the right and, in particular, whether it pursued a legitimate aim and whether there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved».* (*vd*. https://hudoc.echr.coe.int/eng).

[23] Corte EDU, 28 giugno 1984, *Campbell v. the United Kingdom*, n. 13590/88, §76: (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/eng).

[24] Corte EDU, 28 aprile 2009, *Savino ed altri c. Italia*, nn. 17214/05, 20329/05, 42113/04, §73 (*vd.* https://www.giustizia.it).

[25] Attualmente, sono parti della CEDU tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa (CdE) ad eccezione della Federazione Russa che, a seguito della sua espulsione dal CdE risalente al 16.3.2022, dal 16.9.2022 ha cessato di essere Alta Parte contraente della CEDU. In estrema sintesi, nel sito del CdE: https://www.coe.int e la scheda di sintesi nel sito del Parlamento del Regno Unito: https://commonslibrary.parliament.uk. Sulla questione, per la ricostruzione del procedimento di espulsione, *vd.* A. Drzemczewski, R. Lawson, *Exclusion of the Russian Federation from the Council of Europe and the ECHR: An Overview*, in *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 21, 2023, in SSRN: https://ssrn.com.

[26] A tal proposito la stessa Corte EDU, 27 febbraio 1980, *Deweer v. Belgium*, n. 6903/75, §49: *«it is not the Court's function, though, to elaborate a general theory of such limitations»* (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/eng).

[27] Corte EDU, 3 giugno 2014, *Harrison Mckee v. Hungary*, n. 22840/07, §27 (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int); Corte EDU, *Stankov v. Bulgaria*, n. 68490/01, §57.

giustizia. Non è possibile che quest'ultimo sia sottoposto a restrizioni sproporzionate, al punto da essere totalmente stravolto e snaturato. È proprio per questo che la corte EDU ha più volte sancito l'illegittimità dei costi che servono a sostenere l'amministrazione della giustizia, alla luce dell'analisi delle singole situazioni esaminate. Infatti, è necessario valutare il caso concreto, e guardare anche, anzi soprattutto, alle condizioni economiche dell'attore, in quanto gli ostacoli frapposti al diritto ad esperire un'azione in giudizio non possono tradursi in un diniego di giustizia, a causa dei mezzi insufficienti di chi aspira a ricevere tutela per via giurisdizionale[28].

Nel caso della mediazione obbligatoria, possiamo dire che il principio è spesso sottoposto a limitazioni, ma in modo ragionevole, essendo queste imposte in vista di uno scopo legittimo. Gli Stati che vi fanno ricorso tendono spesso a prevedere che il fine — detto deflattivo — sia quello di diminuire il carico giudiziario, per risparmiare sui costi della giustizia e ridurre i tempi di attesa per la conclusione dei processi, altrimenti gravanti sull'intera cittadinanza. Si tratta di obiettivi indubbiamente rilevanti. Il secondo costituisce, addirittura, una componente vitale dello stesso principio di accesso alla giustizia[29].

Quanto alla legittimità degli scopi, dunque, le risposte appaiono scontate: poiché il requisito è soddisfatto, si esclude che sussistano limitazioni illegittime. Per gli altri requisiti, invece, quelli di proporzionalità e di rispetto dell'essenza del diritto di accesso alla giustizia, le risposte sono molto più complesse e meritano un'attenta ponderazione. Sono molti, infatti, i meccanismi che, introducendo l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, rischiano in astratto di costituire degli impedimenti eccessivi al principio di *access to justice*. Basti pensare a tutti quei mezzi con cui gli Stati spingono le parti a considerare con la massima attenzione la strada della mediazione, al fine di evitare che questa venga disattesa, specie tramite la prospettazione di meccanismi sanzionatori, di vario genere[30]. Vengono spesso usati strumenti volti a disincentivare gli individui a percorrere la via processuale, indirizzandoli invece verso quella degli ADR. È il canone di proporzionalità, in questi casi, a giocare un ruolo cruciale, nell'impedire che il principio di accesso alla giustizia sia snaturato dalla presenza di tali misure, che, se mal tarate, potrebbero costituire aggravi eccessivamente onerosi o addirittura ostacoli insuperabili, anche in astratto. È proprio qui che viene richiesto di realizzare quel delicato compito di assicurare un equilibrio, pur se precario e mobile, in grado di contemperare tutte le esigenze in gioco. Un compito che è sempre stato appannaggio del legislatore, ma che sempre più spesso necessita di una valutazione concreta e minuziosa, che difficilmente il Parlamento riesce a garantire.

[28] Proprio per questo sono stati considerati eccessivi i costi processuali, tali da pregiudicare il principio di accesso alla giustizia, così in Corte EDU, 19 giugno 2001, *Kreuz v. Poland*, n. 28249/95, §§61-67 (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/eng).

[29] La giurisprudenza di Strasburgo ha ribadito più volte che eccessivi ritardi precludono il rispetto dello Stato di diritto e l'accesso alla giustizia *cfr*. Corte EDU, 10 novembre 1969, *Stögmüller v. Austria*, n. 1602/62 (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/eng); Corte EDU, 24 agosto 1993, *Scuderi v. Italy*, n. 12986/87 (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/eng); Corte EDU, 19 luglio 2012, *Jama v. Slovenia*, n. 48163/08 (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int).

[30] In Inghilterra, per esempio, si usano le cd. *costs sanctions* (*vd. infra* par. 5).

Accanto ai richiami ai principi cardine della tradizione delle liberal-democrazie, che impone allo Stato di fornire un tribunale che offra adeguate garanzie[31], l'art. 6 e l'art. 13 della CEDU prescrivono di erogare una giustizia che al contempo sia «*fair*» ed in grado di far sì che si possa accedere a un «*effective remedy*», capace di soddisfare appieno il diritto tutelato.

La CEDU non specifica, tuttavia, quali forme di tutela debbano essere garantite, ma lascia liberi gli Stati contraenti di determinarle autonomamente, riconoscendo che solo i legislatori nazionali possano individuare i rimedi che più si confanno alle esigenze del proprio Paese[32].

Sul significato di effettività[33], è stata la giurisprudenza della Corte EDU ad aver avuto un ruolo importantissimo, nello stabilire che il *"remedy"* predisposto dallo Stato contraente debba assicurare la tutela non solo formalmente, ma anche concretamente, in quanto risulti «*effective in practice as well as in law*». Al riguardo, la Corte ricorda, comunque che, non potendosi pretendere che l'art. 13 CEDU garantisca l'esito favorevole del processo[34], è necessario valutare l'astratta capacità del rimedio a tutelare i diritti dalle violazioni ipotizzabili[35].

3. Il quadro europeo nel nuovo scenario *post-Brexit*: un'importante pronuncia della *UK Supreme Court*, il caso *UNISON*.

Il principio di *access to justice* è da ritenere un caposaldo anche in un altro "universo" di matrice europea: quello dell'Unione Europea. L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[36] obbliga, infatti, gli Stati UE a garantire la possibilità di ottenere ricorso di fronte a un giudice qualora sia coinvolto un diritto riconosciuto dall'ordinamento eurounitario. Nonostante questo quadro istituzionale e normativo appartenga a un periodo passato per il Regno Unito — vista ormai la sua non più così recente uscita dall'organizzazione sovranazionale cui aveva aderito con lo *European Community Act*, emanato nel

[31] L'indipendenza, l'imparzialità, la precostituzione per legge del giudice. Principi, questi, strettamente legati ad una visione che riflette i valori condivisi dai sistemi ove si afferma la separazione dei poteri dello Stato e l'autonomia dell'ordine giudiziario, a partire dalla Rivoluzione Francese, la legge 16-24 agosto 1790 lo attesta: *«l'ordre constitutionnel des jurisdictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leur juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi»*. Simili disposizioni si ritrovano anche nella Costituzione francese del 1791, del 1795, del 1814, del 1815, del 1830 e del 1848.

[32] Corte EDU, 15 novembre 1996, *Chahal v. the United Kingdom*, n. 22414/93, §145 (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/eng); Corte EDU 29 luglio 2003, *Mcglinchey and others v. the United* Kingdom, n. 50390/99, §62 (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/eng); Corte EDU, 2 febbraio 2006, *Iovchev v. Bulgaria*, n. 41211/98, §142 (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/eng); Corte EDU, 30 ottobre 1991, *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, nn. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, §122 (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/fre).

[33] Per un'analisi dell'effettività da un'ottica privatistica *vd.* G. Vettori, *Contratto e rimedi: verso una società sostenibile*, Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2021, pp. 112-115.

[34] Così la Corte EDU, 20 ottobre 2000, *Kudla v. Poland*, n. 30210/96, §157: *«The "effectiveness" of a "remedy" within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant»*. (*vd.* https://hudoc.echr.coe.int/fre).

[35] Corte EDU, *Kudla v. Poland*, §158: *«either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred»*.

[36] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01). Sul tema *vd.* R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione la carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, CEDAM, 2002, *passim;* R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffré, 2017, *passim*.

1972[37] —, ha comunque rappresentato una tappa di rilievo per lo sviluppo del dibattito sul tema degli ADR[38]. Tanto nel periodo anteriore alla Brexit, quanto successivamente, si osserva un orientamento giurisprudenziale uniforme, in materia.

Anche la *UK Supreme Court* ha avuto modo di confermare la centralità del principio di *access to justice* con il caso *R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor* [2017][39]. Si tratta di una sentenza resa il 26 luglio del 2017, quando era già entrato in vigore — dal luglio del 2013 — lo *Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal Fees Order* 2013, SI 2013/1893 (detto "*the Fees Order*"), ossia un provvedimento che vincolava al previo pagamento di una somma di denaro chi avesse voluto far valere in giudizio una pretesa relativa ad una controversia di lavoro. In questo caso, la *Supreme Court* era stata chiamata a stabilire se questi costi aggiuntivi costituissero o meno un ostacolo eccessivo al principio di *access to justice*. Dopo averne ricostruito la disciplina[40], e riconosciuta l'essenzialità come componente della *rule of law*, la Corte Suprema ha stabilito che non sono solo le misure che impediscono di accedere alle corti a costituire una violazione del principio, ma anche quelle che, pur non facendolo diventare impossibile, lo rendono comunque più difficile. Dunque, la *Supreme Court* è pervenuta alla conclusione che le limitazioni all'*access to justice* sono ammesse purché previste dalla legislazione primaria al fine di conseguire, col minor sacrificio possibile, uno scopo legittimo, che sia stato prefissato con chiarezza[41]. In questo caso, il *Fees Order* intendeva traslare il carico economico per il funzionamento dei tribunali da tutti i contribuenti ai soli fruitori del servizio, altresì al fine di scoraggiare la proposizione di azioni temerarie (*frivolous claims*). Un obiettivo senz'altro pregevole, volto a migliorare l'efficienza generale del sistema delle corti a beneficio di tutti ed anche del principio di *access to*

[37] Dalla firma dei Trattati di Roma (1957), erano trascorsi tre lustri, prima che si giungesse all'allargamento al Regno Unito delle tre Comunità (CE, CECA, EURATOM), avvenuto tramite l'emanazione, appunto, di *«An Act to make provision in connection with the enlargement of the European Communities to include the United Kingdom […]»* (così, il *long title* dello *European Communities Act* 1972, c. 68), in vigore dal 1973. Quanto alla *Brexit*, essa solleva ampie questioni, tanto interessanti quanto complesse, che non possono essere oggetto di un'approfondita trattazione in questa sede. Si rimanda a D. Florea e N. Gales, *After Brexit. Brief Review on the Effects of Brexit*, in *European Journal of Law and Public Administration*, vol. 7, n. 1, 2020, pp. 116-124; J. Rone, *Instrumentalising sovereignty claims in British pro- and anti-Brexit mobilisations*, in *British Journal of Politics & International Relations*, vol. 25, n. 3, 2023, pp. 444-461; T. M. Aursulesei, L. G. Maha, S. C. Topliceanu e E. D. Viorica, *Assessing the prospective impact of Brexit on the global architecture of power. A multidimensional approach focusing on UK and EU*, in *Journal of Business Economics & Management*, vol. 25, n. 2, 2024, pp. 396-419.

[38] La CGUE ha avuto modo di specificare la compatibilità tra ADR obbligatori ed *access to justice* in CGUE, 18 marzo 2010, procedimenti riuniti C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA, Filomena Califano c. Wind SpA, Lucia Anna Giorgia Iacono c. Telecom Italia SpA e Multiservice Srl c. Telecom Italia SpA* (*vd.* https://eur-lex.europa.eu) e in CGUE, 14 giugno 2017, C-75/16, *Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa* (*vd*. https://eur-lex.europa.eu). Per un commento alla prima sentenza *vd*. C. Calabresi, *Sulla conformità al diritto comunitario del tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.re.com. in materia di telecomunicazioni: un test per la nuova mediazione?*, in *Rivista dell'Arbitrato*, n. 4, 2010, pp. 645-669; per quanto riguarda la seconda *vd*. G. Azadi, *ADR di consumo e mediazione obbligatoria bancaria: incompatibile l'obbligo di assistenza legale e la limitazione del diritto di abbandonare la procedura [Nota a sentenza: CGUE, sez. I, 14 giugno 2017 (causa C-75/16)]*, in *Giustiziacivile.com*, vol. 4, n. 11, 2017, pp. 1-10.

[39] *R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor*, [2017] UKSC 51 — reperibile anche in *open access* nel sito ufficiale della *Supreme Court* al seguente link*:* https://supremecourt.uk.

[40] Si parte dal *chapter* 40 della *Magna Charta*, attraverso il *chapter* 29 del *Charter* del 1297, per poi passare in rassegna una lunga serie di decisioni che hanno rimarcato l'importanza del principio, da un lato, e delineatone i connotati, dall'altro: *vd. Attorney General v Times Newspapers Ltd* [1974] AC 273, 310; *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v South India Shipping Corpn Ltd* [1981] AC 909, 977; *Raymond v Honey* [1983] 1 AC 1; *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Anderson* [1984] QB 778.

[41] [2017] UKSC 51 [80].

justice. Tuttavia, l'entità delle *fees* è stata considerata eccessiva dalla *Supreme Court*, nonostante fossero stati reputati legittimi, appunto, gli scopi da queste perseguiti. Infatti, si trattava di somme così elevate da rendere troppo difficile, in concreto, accedere ad una corte. Pertanto, si ritenne che non fosse stato rispettato il criterio di proporzionalità, l'adeguatezza dello strumento rispetto al fine. La Corte, quindi, ne ha dichiarato l'illegittimità per contrarietà al «*right to access to justice*»[42]. Il che induce ad una prima riflessione: se in astratto una limitazione può apparire del tutto ragionevole, è sempre necessario guardare alla sua applicazione pratica ed alle conseguenze che nella realtà produce, per valutarne la compatibilità col principio di *access to justice*.

4. La *mediation* alla luce delle riforme attuate nel diritto inglese (dagli anni '90 ad oggi)

Gli inglesi hanno sempre percepito la propria organizzazione giudiziaria come migliorabile[43]. Soprattutto, a partire dalla seconda metà degli anni '90, l'Inghilterra ha ammesso la lentezza del proprio sistema giudiziario, e individuato negli ADR i mezzi per migliorarne l'efficienza. La tappa fondamentale da cui parte questo percorso è il celebre *Woolf Report*[44], documento precursore delle successive riforme del processo civile, intervenute tra il 1998 e il 1999. Il quadro che Lord Woolf[45] dipinge nel suo *report* è drammatico: il sistema di giustizia inglese risulta troppo caro, lento e complesso[46]; il che si traduce in una tutela inefficace ed inaccessibile a molti.

Tra tutti i suggerimenti che Lord Woolf propone al fine di migliorare lo stato delle cose, ve n'è uno che spicca tra tutti, incapsulato nell'eloquente motto: «*litigation will be avoided wherever possible*»[47]. È in questa frase che possiamo trovare espressa la filosofia innovatrice, e il particolare favore con cui sono promossi gli ADR. Da quest'ottica, il processo civile non è che l'*extrema ratio*, un mezzo adeguato per risolvere alcune controversie, ma non tutte. Per queste altre dovrebbero essere usati degli strumenti più funzionali, tra cui si collocano anche gli ADR.

Proprio per migliorare l'efficienza della giustizia, oltre a promuovere questi mezzi alternativi al processo, si sente allora l'esigenza di delineare in maniera nuova il ruolo del giudice. Accanto alle sue classiche competenze, che hanno sempre accompagnato la figura del *pro-*

[42] [2017] UKSC 51 [90]-[102].
[43] L'ampiezza degli studi dedicati alla centralità del processo nell'esperienza di *common law*, sotto il profilo storico-giuridico, induce a limitare i riferimenti all'essenziale. *Cfr*. fra gli Autori italiani G. Criscuoli, M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 31-37, 267-331; M. Serio, *Dimensione giuridica e dimensione storica del common law: mondi separati ovvero uniti dalla comparazione?*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2014, pp. 795-828; M. Serio, *Brevi note sul due process of law nell'esperienza del common law inglese*, in *Europa e diritto privato*, n. 1, 2000, pp. 205-214.
[44] H. Woolf, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, HMSO 1996.
[45] Harry Kenneth Woolf (Newcastle, 1933), attualmente membro della camera dei *Lords*, è stato *Master of the Rolls* (presidente della *Civil Division* della *Court of Appeal of England and Wales*) tra il 1996 e il 2000 e promotore di varie riforme, improntate all'efficienza del processo civile, che hanno da lui preso nome, le cd. *Woolf Reforms*.
[46] H. Woolf, *Civil Justice in the United Kingdom*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, n. 4, 1997, pp. 709-710.
[47] H. Woolf, *Civil Justice,* cit., p. 722.

ent, in modo da migliorare l'efficienza della giustizia, in termini di tempi e di costi ridotti. Il che comprende anche la facoltà del giudice di invitare le parti a usare mezzi alternativi di risoluzione delle controversie[48]. Lord Woolf, insomma, propone di spostare il fulcro della gestione del processo civile dalle parti al magistrato[49], al fine ultimo di dare concretezza al motto che recita «*dealing with cases justly*»[50].
Le riforme successive, quelle promosse da *Sir* Rupert Jackson[51] e *Sir* Michael Briggs[52] tra la fine del primo e gli inizi del secondo decennio degli anni Duemila, hanno continuato lungo il percorso tracciato da Lord Woolf: incoraggiano gli strumenti extragiudiziali, senza però imporli come obbligatori, non ritenendo i tempi ancora maturi per una limitazione di tale portata al diritto di accesso a una corte di giustizia[53].
Anche l'ultimo progetto di riforma non si discosta da questa linea, nel porsi nel solco della promozione degli ADR per migliorarne l'efficienza[54], ma arriva a spingersi addirittura oltre, prospettando l'obbligatorietà di taluni percorsi pre-processuali, come vedremo fra breve[55].

5. *The duty to consider mediation.*

In base alle *Civil procedural rules*, il giudice ha la facoltà di invitare le parti ad esplorare la strada degli ADR, ma un semplice suggerimento non viene sempre seguito. Al fine di garantire che le parti non lascino cadere nel vuoto l'invito a considerare la mediazione, le corti possono usare una sfavorevole ripartizione dei costi del giudizio, nonché imporre le *costs sanctions*. La regola generale in materia stabilisce che è la parte soccombente a sosten-

[48] CPR, *Rule* 1.1 dispone: *«Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable –[…] (f) promoting or using alternative dispute resolution; and (g) enforcing compliance with rules, practice directions and orders».*
[49] «*The chief objective was to transfer control of the litigation process away from the parties to the court».* M. Zander, *What Can Be Done about Cost and Delay in Civil Litigation*, in *Israel Law Review*, vol. 31, n. 4, 1997, p. 714. Per un'analisi critica sul punto, invito la lettura di N. Browne-Wilkinson, *The UK Access to Justice Report: A Sheep in Woolf's Clothing*, in *University of Western Australia Law Review*, vol. 28, n. 2, 1999, pp. 181-191.
[50] H. Woolf, *Civil Justice,* cit., p. 726. Sul significato dell'espressione *«dealing with cases justly»*, Lord Woolf dichiarò: *«The rule provides a definition of "dealing with a case justly", embodying the principles of equality, economy, proportionality and expedition which are fundamental to an effective contemporary system of justice».* H. Woolf, *Civil Justice,* cit., p. 721. Quanto suggerito da Lord Woolf è stato trasposto nella *Rule* 1.1 CPR (*cfr.* https://www.justice.gov.uk).
[51] LJ Jackson, *Review of Civil Litigation Costs: Final Report*, London, TSO, 2010, pp. 355 ss. (*vd.* https://www.judiciary.uk).
[52] LJ Briggs, *Chancery Modernisation Review: Final Report*, 2013, pp. 68-69. (*vd.* https://www.judiciary.uk).
[53] B. Billingsley and A. Masood, *Evolution, Revolution and Culture Shift: A Critical Analysis of Compulsory ADR in England and Canada*, in *Common Law World Review*, vol. 45, n. 2-3, 2016, p. 190.
[54] A partire dal luglio del 2022, a livello governativo, si sta valutando di rendere la mediazione obbligatoria per le controversie civili il cui valore non superi una certa soglia. *«The goal behind this change is not just a more efficient, effective, and sustainable justice system; it is swifter and better outcomes for the people who use it»*, Ministry of Justice, *Increasing the use of mediation in the civil justice system: Government response to consultation: Government Response to Consultation*, 2023, p. 5 (*vd.* https://assets.publishing.service.gov.uk).
[55] *Vd. infra* par. 6.

ere i costi, a meno che la corte non decida diversamente[56]. Il giudice, per discostarsi da questa regola generale, può considerare "la condotta delle parti", che comprende anche la loro recalcitranza nell'intraprendere la strada degli ADR[57], il loro atteggiarsi di fronte ad una proposta di risoluzione stragiudiziale. La ripartizione dei costi viene, quindi, usata dall'ordinamento come strumento sanzionatorio per conformare i comportamenti dei "fruitori" del "sistema giustizia", favorendo modi virtuosi, fra i quali, in questo caso, l'utilizzo dei mezzi extragiudiziali di risoluzione dei conflitti (ADR).

Uno dei primi casi in cui è stato sanzionato, attraverso le *costs sanctions*, un irragionevole rifiuto a mediare risale a poco più di due decenni fa. Si tratta della pronuncia resa dalla *Court of Appeal (Civil Division)* nella controversia *Dunnett v Railtrack plc* [2002][58]. Con questa sentenza, si è posto fine alla triste vicenda che vedeva come protagonisti la Signora Dunnett, un'allevatrice di cavalli gallese, e una società ferroviaria, la *Railtrack plc*. La Signora Dunnett aveva deciso di agire in giudizio per ottenere un risarcimento dalla società convenuta, che a suo dire avrebbe determinato la morte di tre dei suoi cavalli. Questi ultimi, infatti, usciti dal recinto che li custodiva, erano stati investiti da un treno sulle rotaie della *Railtrack plc*. Il giudice propose alle parti di mediare. Mentre la Signora Dunnett si rivelò molto disponibile, di gran lunga meno favorevole a intraprendere questa strada si mostrò, invece, la società ferroviaria, che rifiutò la proposta di mediazione, non volendo pagare più di quanto avesse già provato a offrire in precedenza[59]. In effetti, la *Railtrack plc* aveva già fatto un paio di offerte transattive (*offers to settle*), respinte dalla Signora Dunnett anteriormente all'instaurazione del processo. In entrambi i gradi di giudizio, non fu dimostrata la responsabilità della società per la morte dei cavalli. Pertanto, in quanto parte vittoriosa, la *Railtrack plc* non avrebbe dovuto sostenere i costi processuali, almeno secondo la regola generale per cui «*costs follow the event*», che appunto fa gravare sulla parte soccombente le spese del giudizio[60]. Ciononostante, i giudici condannarono la società a sostenere le spese processuali per aver irragionevolmente declinato l'offerta a mediare in una controversia che, a loro avviso, ben si prestava ad essere mediata. Si tratta di un precedente che chiarisce quale sia, pur in assenza della mediazione obbligatoria, il possibile esito di un rifiuto privo di giustificazione.

La sentenza che più di tutte ha segnato il dibattito sull'obbligatorietà della mediazione è tuttavia quella relativa al caso *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* [2004], deciso dalla *Court of Appeal (Civil Division)*[61]. Questa pronuncia ha avuto il pregio, da un lato, di stabilire

---

[56] *«If the court decides to make an order about costs – (a) the general rule is that the unsuccessful party will be ordered to pay the costs of the successful party; but (b) the court may make a different order»*, CPR, *Rule* 44.2(2)(a)(b) (*vd*. https://www.justice.gov.uk). Si tratta della cosiddetta *English rule*: "i costi seguono la soccombenza" (*loser-pays*), per cui si fanno gravare le spese del giudizio e le spese legali sostenute dalla controparte (*legal costs*) sulla parte che ha perso la causa. Tale regola si contrappone all'*American Rule*, per cui ciascuna parte sostiene le proprie spese, anche qualora risulti vittoriosa in giudizio. Sui possibili limiti al diritto al giusto processo di quest'ultima, detta anche *default rule*, *vd*. J. Leubsdorf, *Does the American rule promote access to justice? Was that why it was adopted?*, in *Duke Law Journal Online*, vol. 67, 2019, pp. 257-270.

[57] CPR, *Rule* 44.2(5)(e).

[58] [2002] EWCA Civ 303.

[59] T.S. Woods, *Costs Sanctions for Unreasonable Refusal to Mediate: Coming to a Courthouse Near You*, in *Advocates Quarterly*, vol. 31, n. 4, 2006, p. 405.

[60] Per un interessante confronto sulle conseguenze dovute all'applicazione di un diverso riparto dei costi del giudizio *cfr*. J.W. Hughes, E.A. Snyder, *Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence*, in *The Journal of Law and Economics*, vol. 38, n. 1, 1995, pp. 225-250.

[61] [2004] EWCA Civ 576.

la non obbligatorietà della mediazione e, dall'altro, di definire i criteri alla luce dei quali valutare l'irragionevolezza di un rifiuto a mediare. Dyson LJ, il giudice estensore della decisione, ne individuò sei, seppur non tassativi. Essi tengono conto, per esempio, della natura della controversia, dei costi della mediazione, della sua probabilità di successo[62]. Questi i fatti, in breve. A seguito della morte del marito, la Signora Halsey aveva agito per ottenere il risarcimento dei danni subiti, durante la degenza presso l'ospedale Milton Keynes, da lei convenuto in giudizio. Quest'ultimo si era dimostrato disponibile a mediare, a differenza dell'attrice. La difesa dell'ospedale chiese, infatti, di sospendere il procedimento per dare corso alla mediazione, ma il relativo procedimento non ebbe inizio. In quell'occasione, il giudice Dyson dichiarò che la mediazione e gli ADR possono sì essere suggeriti e incentivati, anche nelle forme più "aggressive", ma non imposti. Imporli, infatti, e soprattutto imporli a coloro che sono contrari al ricorso a questi strumenti, sarebbe equivalso — a suo avviso — ad aggiungere costi ulteriori alla giustizia, creare ritardi, con la conseguenza di aggravare in maniera eccessiva l'accesso alle corti[63]. La sentenza in esame ha tentato di razionalizzare, rendendo più certa, l'applicazione delle fumose regole che circondano la ripartizione dei costi processuali e delle *costs sanctions*. Dando un qualche minimo appiglio di oggettività, sviluppando i criteri menzionati, la corte ha tentato infatti di scongiurare che le parti, in future controversie, potessero preferire la negoziazione di accordi, in modo forzato, piuttosto che affrontare il rischio di subire una condanna ai costi, peraltro poco prevedibile[64].

Nel diritto inglese, si sono mantenuti a lungo saldi gli insegnamenti del caso *Halsey* [2004][65], non optando mai per un modello di mediazione obbligatoria, ma la sentenza *Lomax v Lomax* [2019][66], pronunciata dalla *Court of Appeal (Civil Division)*, ha segnato un passo significativo verso la direzione opposta[67].

---

[62] [2004] EWCA Civ 576 [17]-[23]: *«a) the nature of the dispute; b) the merits of the case; c) other settlement methods have been attempted; d) the costs of mediation would be disproportionately high; e) delay; f) whether the mediation had a reasonable prospect of success»*. Le argomentazioni contrarie, più comuni tra i mediatori, a questi criteri individuati sono riportate in LJ Jackson, *The role of alternative dispute resolution in furthering the aims of the civil litigation costs review*, durante la *eleventh lecture in the implementation programme rics expert witness conference*, 8 marzo 2012 (*vd.* https://www.judiciary.uk).

[63] Sebbene Dyson LJ all'epoca avesse dei dubbi sulla compatibilità dell'ordine a mediare rispetto all'art. 6 CEDU, in seguito ha cambiato opinione in merito, peraltro senza mai considerare scorretta la propria decisione del 2004: *cfr.* LJ Dyson, *A Word on Halsey v Milton Keynes*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 77, n. 3, 2011, pp. 337-341. Per una visione critica di questa sentenza *cfr.* G. Lightman, *Mediation: an Approximation to Justice*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 73, n. 4, 2007, pp. 400-402; LJ Phillips, *Alternative Dispute Resolution: An English Viewpoint*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 74, n. 4, 2008, pp. 406-418; A. Clarke, *The Future Of Civil Mediation*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 74, n. 4, 2008, pp. 419-423.

[64] T.S. Woods, *op. cit.*, p. 420.

[65] Sembrano confermarlo sentenze come *Swain Mason v Mills & Reeve* [2012] EWCA 498 [76]; *Mann v Mann* [2014] EWHC 537 (Fam) [36]; *Bradley v Heslin* [2014] EWHC 3267 (Ch) [24].

[66] [2019] EWCA Civ 1467.

[67] Bisogna, comunque, considerare che già in *Ghaith v Indesit Co UK Ltd* [2012] EWCA Civ 642 [26] si parla di *«compulsory mediation»*, ma questa sentenza non ha avuto molto seguito, nonostante altre decisioni, come *Wright v Michael Wright (Supplies) Ltd* [2013] EWCA Civ 498 [76], abbiano voluto mettere in discussione l'impostazione data alla mediazione da *Halsey v Milton* [2004].

Nell'ambito di una controversia sorta per questioni ereditarie, cui era applicabile l'*Inheritance Act (Provision for Family and Dependants)* del 1975[68], il giudice si era trovato di fronte ad una lite che solo una delle due parti ambiva a risolvere per mezzo di ADR. Unicamente una di loro, infatti, aveva proposto di far ricorso a una valutazione imparziale, da attuare prima che avesse inizio il procedimento (la *early neutral evaluation, ENE*)[69], e aveva richiesto al giudice di ordinarne l'esperimento. Tuttavia, in base ai criteri delineati nella sentenza resa nel caso *Halsey v Milton* [2004][70], mancavano i presupposti per farlo, poiché difettava il consenso di una delle parti. Ebbene, il giudice, distinguendo l'*ENE* dalla mediazione, specificò che il consenso non è un requisito essenziale per poter ordinare alle parti di far uso dell'*ENE*. D'altronde, la normativa processual-civilistica (dettata dalle *Civil Procedure Rules* – CPR) non vi fa alcuna menzione e, considerando che i magistrati devono gestire con senso di misura e proporzione le cause, le corti hanno la discrezionalità di imporre ordini di questo tipo[71]. Nonostante i giudici abbiano sottolineato che in questo caso non si trattava di mediazione, bensì di *ENE*, bisogna riconoscere il ruolo propulsivo di tale decisione nello sviluppo del dibattito sulla mediazione obbligatoria.

Infatti, pochi anni dopo, nel caso *McParland v Whitehead* [2020][72], deciso dalla sezione *business and property* della *High Court of Justice* di Manchester, si è iniziato ad ipotizzare che vi sia la possibilità di estendere queste stesse argomentazioni per giustificare l'emanazione di un ordine a mediare senza il consenso di tutte le parti in giudizio. Tant'è vero che il giudice ha condiviso e riproposto i ragionamenti esposti nel caso *Lomax v Lomax* [2019] circa l'*ENE*; ma, essendo state convinte entrambe le parti ad accettare la mediazione, non vi fu la necessità di sospendere il processo e di disporla, nel caso concreto[73].

È, infine, nella sentenza pronunciata nel caso *Churchill v Merthyr Tydfil County Borough Council* [2023][74], emessa dalla *Court of Appeal (Civil Division)*, che si è assistito, una volta per tutte, alla revisione di quanto stabilito in *Halsey* [2004]. Il signor Churchill, proprietario di un terreno confinante con un altro di cui era titolare il *Merthyr Tydfil County Borough Council*, lamentava la riduzione del valore del fondo di propria proprietà ed una diminuzione del suo godimento, a causa dell'invasione di una pianta infestante nata nel giardino del vicino. Aveva, dunque, deciso di agire in giudizio contro il *Merthyr Tydfil County Borough Council*. Quest'ultimo chiedeva al giudice la possibilità di sospendere il processo per esperire delle procedure interne di reclamo. Ma la sospensione fu negata dal giudice di primo grado: a

[68] *Inheritance Act (Provision for Family and Dependants)* 1975 c. 63 *«fresh provision for empowering the court to make orders for the making out of the estate of a deceased person of provision for the spouse, former spouse, child, child of the family or dependant of that person; and for matters connected therewith».*

[69] Uno strumento di composizione della lite stragiudiziale, attraverso cui le parti demandano ad un terzo un parere su una questione giuridica. Per una breve introduzione in merito *cfr.* G. Spoto, *Brevi note in tema di alternative dispute resolution*, in *Giureta-Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. VIII, 2010, pp. 581-586.

[70] [2004] EWCA Civ 576.

[71] *«In conclusion, I see no reason to imply into subparagraph (m) any limitation on the court's power to order an ENE hearing to the effect that the agreement or consent of the parties is required. Indeed, in my view such an interpretation would be inconsistent with elements of the overriding objective, in particular the saving of expense and allotting to cases an appropriate share of the court's resources, and would, therefore, be contrary to rule 1.2(b)».* [2019] EWCA Civ 1467 [32].

[72] [2020] EWHC 298 (Ch).

[73] [2020] EWHC 298 (Ch) [42].

[74] [2023] EWCA Civ 1416.

omentazioni di Dyson LJ esposte nel caso *Halsey* [2004][75]. Il *County Council* propose appello e il giudice Vos si ritrovò a dover capire se una corte inglese abbia o meno il potere di sospendere il procedimento e ordinare l'esperimento di ADR, anche qualora le parti siano ad esso contrarie.

Innanzitutto, Vos LJ si chiese se, in base a quanto statuito nel caso *Halsey* [2004], fosse vietato al giudice di primo grado concedere la sospensione richiesta. Per rispondere sarebbe stato necessario capire però se quanto affermato circa la non imponibilità della mediazione si dovesse ritenere quale *ratio decidendi* del precedente od *obiter dictum*. Infatti, se si fosse reputata l'argomentazione necessaria a giungere alla decisione[76], allora essa avrebbe dovuto esser qualificata come *ratio decidendi* e dunque le corti, nei casi seguenti, in presenza di simili circostanze, sarebbero state obbligate a seguire la regola così enunciata; altrimenti, se si fosse trattato, all'opposto, di *obiter dictum*, non sarebbero state affatto tenute ad aderirvi, trattandosi di considerazioni prive di forza vincolante (*binding*). Dato che in *Halsey v Milton* [2004], Dyson LJ era stato chiamato a decidere sul tema delle *costs sanctions* e sul concetto di irragionevolezza di un rifiuto a mediare, e non invece sulla facoltà di un giudice di ordinare l'esperimento di un tentativo di ADR, il passaggio in questione non era da ritenere funzionale alla soluzione del caso; perciò, Vos LJ lo considerò un mero *obiter dictum*[77].

In secondo luogo, urgeva capire se esistesse una norma per cui il giudice può sospendere e ordinare il tentativo di una qualche forma di ADR. Riconoscendo che le voci contrarie sul punto sollevano la questione della compatibilità fra questo potere e il diritto all'*access to justice*, Vos LJ ricostruì, innanzitutto, l'architettura del principio analizzando attentamente la giurisprudenza della Corte EDU, della CGUE e della *Supreme Court* inglese. Non trovando alcun principio che lo vietasse astrattamente, Vos LJ concluse che un simile potere esiste, purché non snaturi l'essenza del diritto a un *fair trial*, di cui all'art. 6 CEDU, persegua fini legittimi e lo faccia in maniera proporzionata[78].

Vos LJ si chiese, infine, come e quando una corte dovrebbe sospendere il processo civile e ordinare il tentativo di ADR. Al riguardo, il giudice non ritenne opportuno però individuare dei principi fissi, valevoli per ogni ipotesi. Sono, quindi, le corti, forti della loro esperienza, a dover individuare, di volta in volta, se e quando esercitare un simile potere, usando saggiamente la discrezionalità di cui dispongono.

6. Il dibattito sulla *compulsory mediation*.

Oggi, i tempi sono molto diversi rispetto a quelli cui risale la decisione del caso *Halsey*[79]. I giuristi inglesi, almeno in maggioranza, non considerano più la mediazione obbligatoria contraria all'art. 6 CEDU. Ormai si riconosce che il principio di accesso alla giustizia, come delineato dalla CEDU, non sia assoluto e si ammette che possa essere limitato, purc-

[75] *Vd. supra*.
[76] Si invita alla lettura di un'importante sentenza che tenta di fare chiarezza sul tema: *R (Youngsam) v The Parole Board,* [2019] EWCA Civ 229 [51]: *«The* ratio *is (or is regarded by the judge as being) part of the best or preferred justification for the conclusion reached: it is necessary in the sense that the justification for that conclusion would be, if not altogether lacking, then at any rate weaker if a different rule were adopted».*
[77] [2023] EWCA Civ 1416 [8]-[21].
[78] [2023] EWCA Civ 1416 [22]-[58].
[79] [2004] EWCA Civ 576.

hé non lo sia in maniera eccessiva[80], il che però non avverrebbe in automatico se si introducesse la mediazione "obbligatoria".

Questo vale, a maggior ragione, se consideriamo che nessuna corte inglese ha mai sollevato dubbi sulla legittimità delle forme ADR obbligatorie[81], che già da molti anni vivono nel panorama della giustizia inglese. Tra queste troviamo una serie di «procedimenti»[82]: *a)* le *early neutral evaluation (ENE) hearings* a cui, dopo la sentenza resa nel caso *Lomax v Lomax* (2019), le parti sono obbligate a partecipare, prendendo parte a delle udienze in cui un terzo imparziale esprime un parere legale sul caso; *b)* i *financial dispute resolution (FDR) appointments* che costituiscono una tappa propedeutica all'esperimento di un'azione in giudizio ai fini dell'emanazione di un *financial order*[83] e che si sostanziano in un procedimento di negoziazione assistita per aiutare due ex-coniugi a trovare un accordo su come ripartire i loro averi; *c)* il *new RTA small claims protocol* per piccole controversie[84], in particolare per quelle relative al risarcimento dei danni alla persona, con cui si impone alla parte la cui responsabilità è accertata di fare un'offerta transattiva, pena possibili conseguenze in tema di spese processuali; *d)* l'*ACAS early conciliation*, una particolare forma di conciliazione che non deve essere necessariamente tentata, ma, per poter instaurare una controversia di lavoro di fronte all'*Employment Tribunal*, bisogna dimostrare di aver contattato il conciliatore[85]; *e)* i *mediation information and assessment meetings (MIAM)*, brevi incontri propedeutici all'azione in giudizio di alcune controversie familiari, in cui vengono esposti i pregi della mediazione da parte di un mediatore; *f)* le *localised small claims dispute resolution hearings (DRH),* forme di ADR che alcune *County courts*[86] hanno imposto come obbligatorie, implicanti incontri da tenere prima dell'azione giudiziaria; *g)* il *West Midlands employment tribunal pilot*, un programma sperimentale sugli ADR che coinvolge le cause di lavoro che durano più di sei giorni; infine anche *h)* la *court of protection*[87], con cui si sono imposte, per alcune liti, le *dispute resolution hearings,* che si rifanno al modello delle *financial dispute resolution hearings*, sopra menzionate.

Si vede, dunque, come la direzione sia già stata da tempo tracciata. La naturale foce del corso non poteva che intuirsi da tempo: la mediazione sarebbe divenuta prima o poi obbligatoria.

---

[80] *Vd. supra* parr. 2 e 3.

[81] Riporto qui quanto simpaticamente espresso dal report del 2017 sugli ADR e la giustizia: *«if compulsory ADR represents a constitutional Rubicon then it does seem to have been crossed a number of times already».* Civil Justice Council, *ADR and Civil Justice: Interim Report*, 2017, p. 46 (*vd.* https://www.judiciary.uk).

[82] Civil Justice Council, *Compulsory ADR*, 2021 (*vd.* https://www.judiciary.uk), pp. 23-26.

[83] La pagina ufficiale del governo inglese, così spiega: *«If you and your ex-partner cannot agree how to divide your finances you can ask a court to make a financial order (also known as the "contested" route or an "ancillary relief order"). This means the court will decide how assets will be split. Getting the court to decide usually takes longer and is more expensive than if you and your ex-partner agree. You must attend a meeting about mediation before you can apply to the court to decide — except in certain cases (if there's been domestic abuse, for example)».*(*vd.* https://www.gov.uk).

[84] Meno di £5.000.

[85] *«You must tell Acas (Advisory, Conciliation and Arbitration Service) that you're planning to make a claim. Notify Acas about making a claim to the tribunal. You'll be offered the chance to try and settle the dispute without going to tribunal by using Acas's free 'early conciliation' service. If early conciliation does not work or you choose not to take part, Acas will send you an early conciliation certificate. Use this when you make a claim to the tribunal».* (*vd.* https://www.gov.uk).

[86] In particolare, quelle dell'*Hampshire,* del *Dorset,* del *Wiltshire* e del *Romford*.

[87] La corte che si occupa di casi di incapacità legale (*vd.* il sito ufficiale del governo inglese per avere più informazioni presso: https://www.gov.uk).

Non deve stupire, quindi, che il *report* del *Civil Justice Council* (2021)[88], che ritrae lo stato dell'arte relativo ai rapporti tra ADR e processo, propugni l'obbligatorietà dei primi. Il documento, innanzitutto, si chiede se le parti possano essere ordinate alla mediazione e, in caso affermativo, se, quando e come dovrebbero esserlo[89]. Sul tema, il gruppo di lavoro aderisce alla posizione accolta dalla CGUE rispetto all'art. 6 CEDU[90].
In secondo luogo, si interroga sulla compatibilità degli ADR obbligatori e i principi delineati dal documento più sacro e antico dell'ordinamento costituzionale inglese: la *Magna Charta*[91]. Al riguardo, non sembra vi siano ragioni contrarie alla loro conciliabilità[92]: l'obbligatorietà, infatti, è vista positivamente e, soprattutto, con slancio, tanto che si suggerisce, addirittura, che in Inghilterra si faccia un sempre più largo uso di questi strumenti, purché si lasci alle parti la facoltà di tornare al tradizionale sistema aggiudicativo[93].
Alla luce del panorama generale delineato dalla giurisprudenza — interna ed europea —, fin qui brevemente tratteggiato, e dello scenario attuale in cui si colloca il dibattito sull'obbligatorietà degli ADR, non sorprende affatto la notizia di una recente proposta di riforma tramite la quale si vorrebbe aumentare l'utilizzo della mediazione per le controversie di modesto valore (sotto le £10.000)[94], non mostrando semplicemente tale metodo come una buona opzione percorribile, ma, al contrario, rendendolo parte integrante dei procedimenti civili in questione[95].
A partire dal maggio del 2024 è entrato in vigore un progetto pilota che, attraverso la *Practice Direction 51ZE*[96], introduce il meccanismo definito «*small claims track automatic referral to mediation*», operante, almeno fino al maggio del 2026 per le azioni in cui si richiede una determinata somma di denaro, escluse quelle prodotte da incidenti stradali e da lesioni personali[97]. Ma questo non è che un piccolo passo di un progetto molto più esteso. In fut-

[88] Civil Justice Council, *Compulsory ADR*, cit.
[89] Civil Justice Council, *Compulsory ADR,* cit., p. 2; B. Waters, *Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: A Relationship Resolved?*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation, and Dispute Management*, vol. 88, n. 1, 2022, p. 29.
[90] Un'ampia parte del documento è dedicata proprio a questo. Civil Justice Council, *Compulsory ADR,* cit., pp. 10-33.
[91] La questione era stata già posta nel 2015 da un giudice, Lord Thomas, che ha voluto sottolineare la centralità dell'amministrazione pubblica della giustizia. *Vd.* Thomas LCJ, *The Legacy of the Magna Charta: Justice in the 21st Century*, discorso alla *Legal Research Foundation*, 25 September 2015, pp. 6-9 (*vd.* https://www.judiciary.uk).
[92] *«The authors are not aware of any other legal principle — whether in legislation or at common law — which may impede the introduction of compulsory ADR generally».* Civil Justice Council, *Compulsory ADR*, cit., p. 32.
[93] *«We think that introducing further compulsory elements of ADR will be both legal and potentially an extremely positive development. We will not make detailed proposals for reform as these require a wider perspective than is possible here. […] Above all, as long as all of these techniques leave the parties free to return to the court if they wish to seek adjudicative justice (as at present they do) then we think that the greater use of compulsion is justified and should be considered».* Civil Justice Council, *Compulsory ADR,* cit., pp. 46-49.
[94] Ministry of Justice, *op. cit.,* p. 10.
[95] Ministry of Justice, *op. cit.*, p. 9.
[96] *Practice Direction 51ZE – Small Claims Track Automatic Referral to Mediation Pilot Scheme* (*vd.* https://www.justice.gov.uk). Le *Practice Directions* sono documenti che integrano le CPR 1998. A seguito dell'entrata in vigore del *Constitutional Reform Act 2005*, la loro adozione spetta al Lord Chief of Justice, dietro l'approvazione del Lord Chancellor. Il Lord Chief of Justice può comunque delegare tale compito al titolare di un ufficio giudiziario (*vd.* https://www.justice.gov.uk). In questo caso è stato investito di questo incarico il Master of the Rolls Sir Geoffrey Vos.
[97] *«This rule—(a) applies where the only remedy claimed is, or purports to be, a judgment for a specified sum of money; and (c) does not in any event apply to road traffic accident or personal injury claims»*, *Practice Direction 51ZE*, para. 6 (*vd.* https://www.justice.gov.uk).

uro, infatti, si prevede di esigere che si segua il percorso della mediazione anche nelle liti dal valore economico più elevato[98], trasformando radicalmente l'intero assetto del sistema giudiziario inglese.

La *Law Society*[99] non ha condiviso del tutto le posizioni del *Civil Justice Council* (2021)[100] sulla piena liceità (*lawfulness*) dell'obbligatorietà dei mezzi ADR, ritenendo che questa potrebbe interferire in maniera eccessiva col diritto di accesso alla giustizia[101]. È per questo che essa ha suggerito ai proponenti di fare particolare attenzione ai risultati che la riforma produrrà in concreto. L'*independent professional body* si è, inoltre, chiesto se il sistema dello *Small Claims Mediation Service* possa reggere il carico di lavoro, se le parti siano state adeguatamente informate sulla portata della mediazione e delle conseguenze giuridiche che ne conseguono e se sia stato adeguatamente considerato il rischio di asimmetrie di potere tra le parti. Ma la sua maggior preoccupazione risiede nel timore che si alimenti il rischio di creare due classi di controversie: quelle in cui è garantito l'accesso alla giustizia e quelle — di scarso valore (soltanto) sotto il profilo economico — in cui è garantito invece l'accesso alla risoluzione extragiudiziale, due sistemi che seguono logiche profondamente diverse. L'uno quelle del diritto, l'altro quelle dell'accettabilità, dell'adesione delle parti confliggenti, come evidenziato nella risposta della *Law Society* al Ministro della giustizia, in occasione della consultazione sulle prospettive di riforma[102]. Si delineerebbe, da tale visuale critica, uno scenario che potrebbe alterare sensibilmente l'assetto di principi di eguaglianza e di accesso alla giustizia, quantomeno per come li conosciamo oggi. Tutti punti che possono destare preoccupazione e ai quali la *Law Society* ha raccomandato alle istituzioni di rivolgere la massima attenzione nell'attuazione della riforma.

7. Conclusioni

Dopo questa breve panoramica dedicata al tema dell'adozione della mediazione nel sistema di giustizia inglese, si può tentare di allargare la visuale e passare a considerazioni di carattere più generale sull'impatto dell'obbligatorietà dei mezzi extragiudiziali di risoluzione dei conflitti (ADR). Innanzitutto, va considerato che il sistema giudiziario inglese riconosce come centrali due fattori che potrebbero risentire molto della sempre più larga diffusione della mediazione, avente carattere obbligatorio: la pubblicità che caratterizza il processo — il tradizionale strumento di risoluzione delle controversie — e lo sviluppo del diritto attraverso le decisioni giurisprudenziali. Un maggior uso di mezzi di risoluzione alternativi delle controversie, a detrimento del consueto processo civile, potrebbe iniziare a erodere il principio di pubblicità che circonda la risoluzione delle liti, tendenzialmente derogabile per questioni connesse alla *privacy*[103]. Se, infatti, tra i punti di forza degli ADR troviamo la discrezione e la riservatezza con cui vengono trattate le controversie, è chiaro

[98] *«We also aim later to integrate mediation within the resolution of higher value claims in the County Court: within the fast-track (£10,000–25,000) and multi-track (over £25,000)».* Ministry of Justice, *op. cit.*, p. 14.
[99] L'associazione professionale dei *solicitors* in Inghilterra e Galles (*cfr.* https://www.lawsociety.org.uk).
[100] Civil Justice Council, *Compulsory ADR*, cit.
[101] Law Society, *Response of the Law Society to the Ministry of Justice's consultation on increasing the use of mediation in the civil justice system*, 2022, p. 2 (*vd.* https://www.lawsociety.org.uk).
[102] *«We remain concerned as to the possibility of the opening up of a two-tier system, one in which there is access to justice and another in which there is only access to a means of ending a dispute, but potentially not in a just way».* Law Society, *op. cit.*, p. 3.
[103] *«An essential facet of justice is that it should be open, unless there is good reason for privacy».* Thomas LCJ, *op. cit.*, p. 8.

che una loro sempre più massiccia implementazione comporterebbe una radicale modifica del modo in cui vengono trattate le liti: lo standard, infatti, non sarebbe più la pubblicità, bensì la segretezza. Da un lato, si garantirebbe meglio l'interesse alla riservatezza delle parti, minimizzando il rischio che il loro diventi un "caso mediatico"; dall'altro, però, il sistema di giustizia ne risentirebbe in termini di trasparenza, un elemento importantissimo per poter valutare, e soprattutto criticare, l'operato delle corti e l'andamento dei mutamenti giurisprudenziali.

Vi è ancora un ulteriore elemento, connesso alla pubblicità, che ne potrebbe uscire menomato: la conoscibilità della norma. Siccome il processo, le decisioni giudiziali giocano un ruolo centrale nello 'svelare' il contenuto delle regole di *common law* — di cui sono artefici i giudici —, solo attraverso la loro pubblicità, e conseguentemente la conoscibilità della *judge made law*, i cittadini possono compiere e pianificare le loro azioni secondo il diritto.

Non si può sottacere l'importanza che la giurisprudenza svolge nello sviluppo della *common law*. Quest'ultima, infatti, non può prescindere dalle decisioni delle corti, che a mano a mano ne delineano la forma (dei mezzi di tutela, *remedies*) e i contenuti[104]. Lasciando che la soluzione delle controversie divenga sempre più un affare privato, si rischia che diminuiscano i casi che finiscono davanti a una corte, definiti a seguito di un processo, diminuendo, di conseguenza, le *chances* di avere tra le mani una decisione con un impatto rilevante sul diritto[105]. LJ Thomas, a tal proposito, ha chiosato scherzosamente asserendo: «*we do*

[104] Oltre a risolvere la lite tra le parti, il processo civile consente ai giudici di applicare il diritto, chiarendolo e sviluppandolo a beneficio dell'intero ordinamento, e di conseguenza, della collettività in generale. *Cfr.* D. Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 83, n. 7, 1995, pp. 2619-2662; C.V. Giabardo, *Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law*, in *Wolverhampton Law Journal*, Vol. 4, 2020, pp. 14-31.

[105] *«Even though most disputes settle without the need for trial, a flow of adjudicated cases is necessary to provide guidance on the law and, occasionally, to make new leaps».* H. Genn, *What is Civil Justice for – Reform, ADR, and Access to Justice,* in *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 24, n. 1, 2012, p. 398.

hue v. Stevenson [1932][106]. La *common law*, nonostante lo *stare decisis*[107] sia un principio formalizzato relativamente da poco tempo se si considerano le antiche origini del sistema, è un

[106] Thomas LCJ, *op. cit.*, p. 8. *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 è una decisione che ha contribuito enormemente a chiarire il regime che regola la responsabilità civile, ammettendo la configurabilità di una nuova *cause of action*, e del correlato *tort of negligence*, la cui fisionomia ed autonomia, ancora in divenire, fu definita allora da questa sentenza della Corte Suprema del Regno Unito — ai tempi detta *House of Lords* —, destinata a rappresentare uno dei *leading cases* più significativi nella storia della *law of torts*. È interessante considerare che, dopo la statuizione dell'allora *House of Lords*, la controversia sarebbe dovuta proseguire nell'accertamento di merito presso la *Court of Session*, ma il signor Stevenson morì prima che si potesse celebrare la prima udienza e i suoi eredi raggiunsero un accordo transattivo con la signora Donoghue, ponendo fine alla questione extragiudizialmente. *«[T]he claim was eventually settled out of court in December 1934»*. Così, E. Isegohime, *Where did the Donoghue v. Stevenson Decision Come From? A Jurisprudential Inquiry*, 2013, in SSRN: https://ssrn.com. Su tale *leading case*, *vd.* R.F.V. Heuston, *Donoghue v. Stevenson in Retrospect*, in *The Modern Law Review*, vol. 20, n. 1, 1957, pp. 1-24; F. Ferrari, *Donoghue v. Stevenson's 60th Anniversary*, in *Annual Survey of International and Comparative Law*, vol. 1, n. 81, 1994, pp. 81-90; L. Sarojni, *Donoghue v Stevenson (1932)*, in *Jus Corpus Law Journal*, vol. 3, n. 3, 2023, pp. 21-27.

[107] Il principio, anche noto come *doctrine of the binding precedent*, afferma che i precedenti giudiziari sono vincolanti per il futuro: devono, quindi, essere seguiti per la decisione dei casi simili che si presenteranno. Sebbene questa regola abbia sempre in qualche modo aleggiato nella *common law*, la sua formale adozione non è avvenuta sino alla fine del XIX secolo. Solo allora, a seguito di vari fattori e di mutamenti della cultura giuridica nel suo complesso, si è determinata la nascita di un filone giurisprudenziale che ne ha affermato ufficialmente l'esistenza nell'ordinamento inglese. Hanno, infatti, contribuito a tale importante puntualizzazione, sia la riforma sull'organizzazione giudiziaria (*Judicature Acts* 1873-1875) che ha creato un sistema di corti accentrato e gerarchizzato, in cui le corti inferiori divenivano vincolate dalle decisioni di quelle superiori; sia un migliore lavoro di repertoriazione delle sentenze, che ha facilitato non poco l'accessibilità alla lettura delle decisioni; sia un nuovo sentimento accademico che ambiva alla creazione di un sistema unico e coerente, che è sfociato nell'irrigidimento dello *stare decisis*. *Cfr.* M. Serio, *Nuova introduzione,* cit., pp. 267-272. Ma la regola del precedente vincolante, quanto alla sola *House of Lords* (oggi, *Supreme Court*), sembra attenuarsi, seppur in maniera parziale, quando, seguendo un precedente troppo rigidamente, si possa determinare un'ingiustizia in un caso concreto, limitando indebitamente un adeguato sviluppo del diritto, (così il *Practice Statement*, emanato dal Cancelliere nel 1966: *«too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law»* (*vd.* https://publications.parliament.uk)). Sul punto *vd*. L. Blom-Cooper, *1966 and All That: The Story of the Practice Statement'* in Id, B. Dickson, G. Drewry (eds.), *The Judicial House of Lords 1876–2009*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 128-144 (*online*, in Oxford Academic, 1.9.2009: https://doi.org).

diritto che comunque affonda il proprio sviluppo nella giurisprudenza[108].
Quindi, se le cause di fronte a un giudice iniziano a farsi sempre più rare, si comprende che lo sviluppo del diritto inglese potrebbe esserne compromesso. Le liti che vengono risolte dal mediatore non contribuiscono, invece, al progresso della *common law*. Da un lato, infatti, la riservatezza che circonda l'intero procedimento non obbliga certo le parti a divulgare il contenuto dell'accordo risolutorio; dall'altro, la mediazione non richiede nemmeno l'applicazione del diritto, non ne segue le sue rigide regole. Il ruolo del mediatore, difatti, non è aiutare a trovare una soluzione "giusta" sotto un profilo giuridico, ma che sia tale per le parti, una soluzione che esse condividano a prescindere dalla sua solidità giuridica. A maggior ragione, ciò è vero se consideriamo che una mediazione ben riuscita è una mediazione che sfocia in un accordo accettabile per le parti, non secondo diritto[109].
Bisogna comunque ricordare, in conclusione, che la mediazione non si afferma, in modo generalizzato, come obbligatoria per tutte le controversie, ma solo per alcune. È vero che la tendenza prevalente sembra insinuare il contrario, ma ad oggi le cause per cui sussiste un vero e proprio obbligo di mediare non possono affatto dirsi più numerose rispetto a quelle per cui tale obbligo non c'è. In secondo luogo, si può soggiungere che imporre il

[108] Questo rilievo si può riferire sia che si accolga la visione tradizionale (*declaratory doctrine*) per cui la *common law* — in senso ampio — è vista come un insieme di regole che vengono "disvelate" dai giudici, che le reperiscono nell'antico diritto *(customs)* e, qualora intervengano gli *statutes*, dal Parlamento; sia che, invece, si ritenga che i giudici siano "creatori" di diritto. Senza neppure sfiorare il complicato capitolo sui rapporti tra i due organi, si può accennare alla visione per cui questi organi non creano diritto, ma appunto lo 'scoprono'. Per Blackstone i giudici erano gli oracoli viventi, i depositari delle leggi, tenuti a decidere in ogni caso di dubbio secondo il diritto della loro terra, essendo vincolati a ciò da giuramento *(«depositary of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land»)*. Così, W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, ed. 16th, London, A. Strahan, 1825 (*Section III*, *Of the Laws of England*, p. 69 nella versione in *open access*: https://oll.libertyfund.org). L'originario significato della teoria dichiarativa si ricollega a una visione del diritto condivisa anche da chi, fra i *civil lawyers* contemporanei, ha evidenziato, in tema di "creazione" del diritto e di funzione "creatrice" della giurisprudenza, come la prima (la "creazione") sia prerogativa del legislatore, notando come l'attività tipicamente giudiziale sia, invece, l'*inventio*, ossia il reperire, lo scoprire il diritto. È questa una prospettiva condivisa dello storico del diritto che ha rivestito anche un'importante carica, come giudice delle leggi, che merita d'esser ricordata, in queste note conclusive. *Cfr*. in tal senso P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 127. Come nota Alan Beever, la teoria dichiarativa è spesso intesa in modo da alterarla (*«the theory ridiculed today is no more than a caricature of the real one»*), mentre, se correttamente intesa, evidenzia un tratto peculiare della *common law* (*«the declaratory theory properly understood is immune to […] criticisms»*). *Cfr.* A. Beever, *The Declaratory Theory of the Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, n. 3, 2013, p. 423. Certo, una diversa, prevalente impostazione considera invece il giudice (di *common law* e no) una figura che "crea" diritto, contestando la teoria dichiarativa. Sul punto, le ragioni sottese alla storica contrapposizione tra sistemi di *common law* e di *civil law* necessitano d'esser considerate alla luce dei mutamenti nella realtà odierna, della comune influenza esercitata da alcune fonti giurisprudenziali "non statali" (come può dirsi innanzitutto per le sentenze della Corte EDU). Insomma, il ruolo del giudice quale "interprete del diritto" risente profondamente di tali fenomeni, in ambedue i contesti. Al riguardo *vd*. Lord P. Hodge, *The Scope of Judicial Law-Making in the Common Law Tradition*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 84, n. 2, 2020, pp. 211-227. Si tratta di una constatazione su cui poter concordare, sia che si accolga la prima impostazione tradizionale, sia che si accolga quella — oggi maggioritaria — che afferma il carattere creativo della giurisprudenza. Come osservava qualche anno fa Lord Hodge, sull'incidenza dei cambiamenti che connotano la realtà odierna *«The fact that judge-made law is an independent source of law contributes to its flexibility; and judges continue to adapt the common law to changes in commercial practice and social values […]. He had a relatively undeveloped legal canvas on which to paint. When appellate courts develop the common law, they now have the assistance of academic writing, EU law, human rights law and comparative law (especially from other common law jurisdictions) as guides and sources of values in a way they did not even only fifty years ago»*, P. Hodge, *op. cit.*, p. 227.

[109] *«Success in mediation is defined in the mediation literature and by mediators themselves as a settlement that the parties "can live with." The outcome of mediation, therefore, is not about just settlement it is just about settlement»*. H. Genn, *op. cit.*, p. 411.

tentativo di mediazione non equivale a bypassare *in toto* il processo civile: le parti rimarrebbero pur sempre libere di non proseguire con il procedimento di mediazione, trasferendo la loro battaglia in sede processuale. È evidente che continuerebbero a presentarsi delle controversie di fronte al giudice. Inoltre, non possiamo dimenticare la necessità di contemperare gli altri valori a cui la giustizia deve informarsi, come la ragionevolezza dei suoi tempi, che la mediazione contribuirebbe certo a migliorare.

Si è posta in evidenza, più volte, l'importanza o, meglio, l'esigenza imprescindibile della ricerca di equilibrio e bilanciamento tra principi. Non potendo considerare alcun principio tiranno e assoluto[110], quando vengono in gioco diritti di rango primario, ma al contrario suscettibile di essere bilanciato con gli altri che vengono in rilievo, serve valutare come contemperare una piena tutela dei diritti delle parti col diritto a veder definito il processo senza irragionevoli ritardi. Bisogna, pertanto, tener conto anche della speditezza e dell'efficienza della giustizia, nella risoluzione dei conflitti, in quanto pure di interesse pubblico, al pari del diritto ad adire la via giudiziale.

Diversi ordinamenti nazionali sembrano ormai consapevoli di questa necessità. L'Inghilterra, come illustrato in questa analisi, sta attualmente sperimentando la mediazione obbligatoria. L'Italia, tra i primi Paesi europei, l'ha introdotta in alcune materie[111], in attuazione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea,

[110] Queste sono le parole della Corte cost. 85/2013. Lo stesso ragionamento applicato al principio di accesso alla giustizia è stato usato dalle Corti europee, come visto in precedenza (*vd.* par. 2 e 3).

[111] L'art. 1, comma 2 della Dir. 2008/52/CE circoscrive il raggio di applicazione alle sole controversie transfrontaliere, ma lascia agli Stati membri la libertà «di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni» (considerando n 8), nonché, di rendere la mediazione obbligatoria (art. 5, comma 2).

ia civile e commerciale (Dir. 2008/52/CE)[112], già nel 2010[113]. Più di recente, la Spagna, ha adottato un meccanismo simile, con la *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero,* che prevede la mediazione obbligatoria per tutti i giudizi civili disciplinati dalla normativa processual-civilistica, di cui al libro II e al libro IV della *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, con qualche eccezione[114].

L'analisi comparatistica può senz'altro aiutare a comprendere meglio il tema: permette di osservare una realtà in perenne mutamento senza subire condizionamenti eccessivi che siano riflesso dell'appartenenza a un "modello", svelando convergenze tra realtà in apparenza distanti o rivelando la sostanziale diversità tra soluzioni solo a prima vista simili.

Lo studio delle risposte legislative, degli orientamenti giurisprudenziali — espressi dalle Corti nazionali, sovranazionali e internazionali —, delle prassi accolte nei procedimenti di

---

[112] *Vd*. N. Trocker, *La direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in Id. e A. De Luca (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, Firenze University Press, 2011, pp. 159-192; L. P. Comoglio, *Mediazione e accesso alla* giustizia, in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, 2012, pp. 288-302. Il tema è attualissimo e continua ad essere oggetto di riforma. Da ultimo è intervenuto il Decreto Legislativo 27 dicembre 2024, n. 216, *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, in materia di mediazione civile e commerciale e negoziazione assistita*, noto come "decreto correttivo", implicante alcune modifiche sui termini entro cui il giudice può disporre la mediazione demandata e sui termini di durata del procedimento di mediazione. Per un inquadramento generale sulla mediazione alla luce della riforma Cartabia *vd*. G. Carratta, *Le riforme del processo civile: D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 1-9 e 261-280; T. Rosania (a cura di), *Mediazione 3.0 e negoziazione assistita 2.0: alla luce del d.lgs. n. 149/2022 e dei dd.mm. 1° agosto 2023 e n. 150/2023*, Torino, Giappichelli, 2024.

[113] La Direttiva era stata recepita attraverso il d.lgs. 28/2010 (emanato in attuazione di una legge delega, L. n. 69/2009) che aveva previsto che l'esperimento di un tentativo di mediazione fosse condizione di procedibilità in alcune materie, rientranti tra le controversie civili e commerciali. Tale soluzione andava oltre i limiti posti dalla lettera dell'art. 60 della legge delega, che non affermava affatto che si dovesse rendere obbligatoria la mediazione. Sollevata una questione di illegittimità costituzionale, sotto diversi profili, la Consulta, con la sent. del 6 dicembre 2012, n. 272, ha accolto le censure incentrate sull'eccesso di delega, dichiarando illegittimo il d.lgs n. 28/2010 nella parte in cui contemplava l'obbligatorietà della mediazione pregiudiziale (art. 5, II). Tuttavia, la mediazione obbligatoria fu poi reintrodotta nel 2013 (dal d.l. 69/2013, noto come "decreto del fare") ed ampliata in seguito dalla "riforma Cartabia". Data la vastità dei commenti e delle analisi sul tema, può esser qui opportuno solo un cenno all'argomentazione della Corte Costituzionale, appena citata, che ricordava che il diritto eurounitario «disciplina le modalità con le quali il procedimento può essere strutturato («può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro», ai sensi dell'art. 3, lett. a, della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008), ma non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio (art. 5, comma 2, della direttiva citata). Allo stesso principio, come risulta dal dispositivo, s'ispira la sentenza della Corte di giustizia». Tale rilievo può senz'altro estendersi all'attuale diritto eurounitario.

[114] Si tratta di una riforma di ampia portata, il cui testo si può consultare nel sito ufficiale del *Boletín Oficial del Estado* al seguente *link*: https://www.boe.es. Per approfondire il dibattito che ha portato alla *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia* spagnola — in vigore dal 3 aprile 2025 — *cfr*. I. Ordeñana Gezuraga, *Contribuciones al debate sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajurisdiccionales de conflictos en el ordenamiento jurídico español*, in S. Calaza López, J.C. Muinelo Cobo, M. de Prada Rodríguez et al. (eds), *El impacto de la oportunidad sobre los principios procesales Clásicos: estudios y diálogos*, Madrid, Iustel, 2021, pp. 343-395; J. I. Martínez Pallarés, *De la crisis del paradigma de la Justicia a la paradoja de la mediación, premisas incumplidas por medio*, in *La Ley. Mediación y arbitraje*, n. 19, 2024 (*vd*. https://diariolaley.laleynext.es); M. M. P. Popiuc, F. J. López Diez, *Avances en la regulación de la mediación obligatoria: perspectivas desde España e Italia en el ámbito civil y mercantil*, in G. Policastro Ponce, M. Bermúdez Vázquez (eds.), *Cruce de caminos: visiones interdisciplinares en las ciencias sociales y humanidades*, Madrid, Dykinson S.L., 2024, pp. 28-48. Per una prima serie di analisi, in materia, *vd*. C. J, Delgado, *Los MASC, tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 807, 2025, pp. 191-226; R. B. Martín, *El impacto de los medios adecuados de solución de controversias en el proceso civil tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, in *Diario La Ley*, n. 10643, 2025.

mediazione, da parte degli organismi e i vari soggetti chiamati ad operare nel settore, nonché delle tendenze emerse nel dibattito tra i giuristi, nel mondo accademico e in ambito professionale, rappresenta dunque la chiave di volta, nella riflessione sul tema. Consente di risalire alle dinamiche giuridiche sottese al fenomeno esaminato, di cui esser consapevoli nel porsi di fronte al dilemma se far rientrare o meno entro la sfera extragiudiziale una vasta cerchia di controversie, il cui perimetro può esser definito in ragione ora della materia cui afferiscono, ora del loro valore, ma senza mai trascurare l'esigenza di garantire una *fair justice*. Si tratta, in definitiva, di dar risposta a uno dei quesiti più complessi nell'affrontare una sfida correlata ai valori cardine dello Stato di diritto. Se non si adottassero strategie elaborate con la dovuta ponderazione, si potrebbe vanificare infatti, in modo irreversibile, quella visione della democrazia ispirata all'idea per cui solo una piena tutela dei diritti fondamentali — di cui l'*access to justice* rappresenta l'asse portante — può assicurare argini idonei a prevenire violazioni altrimenti inevitabili. Per quanto sia prematuro ipotizzare gli sviluppi futuri della materia, l'auspicio che il carattere sperimentale della recente riforma inglese consenta una valutazione attenta, al riguardo, pare tuttavia fondato, alla luce del vasto confronto che connota l'odierna discussione.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-159

costituzionalismo britannico e irlandese

Giurisdizione costituzionale

Il ruolo dell'obiter dictum nel precedente giudiziario: analogie fra l'esperienza inglese e quella italiana

Andrea Bonomi
Professore Associato di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Il ruolo dell'obiter dictum nel precedente giudiziario: analogie fra l'esperienza inglese e quella italiana**

di Andrea Bonomi*

Abstract (Ita): Lo scritto si prefigge di analizzare la tematica del precedente giudiziario con speciale riferimento alle nozioni di ratio decidendi e di obiter dictum nei sistemi giuridici italiano e inglese e intende dimostrare come potrebbe essere messa in discussione la dottrina tradizionale secondo cui la ratio e l'obiter delle pronunce della Corte costituzionale italiana e delle pronunce della Corte Suprema UK assumono un valore differente in quanto la prima costituisce precedente mentre il secondo non costituisce precedente. Un accurato approfondimento della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana comprova che tanto la ratio decidendi quanto anche l'obiter dictum delle decisioni dalla stessa emesse sono "altamente persuasivi" con la conseguenza che ratio e obiter risultano parificati quanto alla forza da attribuirsi agli stessi e che dunque convergono nel costituire precedente. In particolare, dall'esame di una sentenza emessa da una corte d'appello inglese nel 2020 è lecito evincere che, come nel caso italiano, la forza della ratio decidendi e dell'obiter dictum delle decisioni pronunciate dalla Corte Suprema UK risulta essere parificata e che quindi entrambi di fatto convergono nel costituire precedente.

Abstract (Eng): The paper aims to analyse the issue of judicial precedent with special reference to the notions of ratio decidendi and obiter dictum in the Italian and English legal systems and intends to demonstrate how the following belief of the traditional doctrine could be put under discussion: the ratio and obiter of decisions of the Italian Constitutional Court and of decisions of the UK Supreme Court assume a different value since the former constitutes precedent while the latter does not constitute precedent. A careful analysis of jurisprudence of the Italian Constitutional Court shows that both the ratio decidendi and the obiter dictum of the delivered decisions are "highly persuasive": it means that ratio and obiter are equal in terms of the force to be attributed to them and therefore converge in constituting precedent. In particular, from the examination of a ruling delivered by an English court of appeal in 2020 it is reasonable to deduce that as in the Italian case the force of the ratio decidendi and the obiter dictum of the decisions pronounced by the UK Supreme Court appears to be equal and therefore both in fact converge in constituting precedent..

Parole chiave: Precedente giudiziario; ratio decidendi; obiter dictum; Corte costituzionale italiana; Corte Suprema UK

Keywords: Judicial precedent; ratio decidendi; obiter dictum; Italian Constitutional Court; UK Supreme Court

Sommario: 1. Il dato di fatto riguardante l'efficacia da attribuirsi al precedente in Italia e in Inghilterra; 2. La distinzione fra ratio decidendi e obiter dictum: quale parte della decisione giudiziale costituisce precedente?; 3. Ratio decidendi e obiter dictum nelle decisioni della Corte costituzionale italiana: il "ruolo" dell'obiter dictum; 4. Ratio decidendi e obiter dictum nelle decisioni dei giudici inglesi ed in particolare della Corte Suprema: un "ruolo nuovo" dell'obiter dictum. Analogie fra l'esperienza inglese e quella italiana

1. Il dato di fatto riguardante l'efficacia da attribuirsi al precedente in Italia e in Inghilterra

Chiunque si accingesse ad affrontare e ad approfondire la tematica del precedente giudiziario sia in senso verticale sia in senso orizzontale dovrebbe fare i conti con quello che appare come un dato di fatto o un'acquisizione data per presupposta. Tale acquisizione o dato di fatto riguarda l'efficacia da attribuirsi al precedente nei sistemi di *civil law* e nei sistemi di *common law*: si ricorda che l'efficacia di precedente che una pronuncia giudiziaria

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Professore Associato di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

inare un nuovo caso simile e quindi indirettamente per tutti i cittadini che sono sottoposti alla sua autorità. Da questo punto di vista il dato di fatto a cui si è fatto riferimento è il seguente: nei sistemi di *civil law* e segnatamente nell'ordinamento italiano il precedente giudiziario in senso tanto verticale quanto orizzontale – ivi compreso quello in senso orizzontale della Corte costituzionale cui si rifarà precipuo riferimento in seguito – non presenterebbe un valore giuridicamente vincolante nei giudizi successivi su casi simili, ma assumerebbe solo un'autorità morale, razionale, culturale, idonea ad esplicarsi, se così possiamo esprimerci, in punto di fatto[1]. In altri termini, che sia o meno inquadrabile quale fonte del diritto[2], il precedente giudiziario assumerebbe un effetto soltanto persuasivo: infatti solo in virtù di un obbligo di razionalità il giudice sarebbe indotto ad uniformare la sua decisione alla propria precedente decisione o a quella del suo collega che ha giudicato il caso per primo. Se si allude in modo più specifico alla Corte costituzionale, si osserva che il riferimento al proprio precedente non si identifica con l'adempimento di un obbligo giuridicamente imposto, bensì rimane una «mera tecnica interpretativa»[3]. In altre parole, il precedente assumerà nei giudizi successivi tanta maggiore importanza quanto maggiore sarà la sua idoneità a presentarsi quale criterio di risoluzione corretto ed adeguato delle nuove questioni; lo stesso potrà essere invece liberamente abbandonato senza conseguenze rilevanti sotto il profilo giuridico qualora altre argomentazioni inducano la Corte costituzionale ad una diversa soluzione: è stato così autorevolmente affermato che «tutto ciò non toglie, naturalmente, che in concreto il precedente esplichi una influenza notevole e che norm-

[1] Dopotutto anche chi – come A. Carli Gardino, *Il principio del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale sulle Regioni a statuto ordinario*, in *Quaderni regionali*, n. 1/1985, pp. 603-604 e *ivi* nota 8 – osserva che nei Paesi di *civil law* e in particolare in Italia l'efficacia del precedente non è solo morale o di fatto, ma è anche giuridica (dal momento che essa trova il suo fondamento positivo nell'art. 3, comma 1 Cost. e più specificamente nel principio di eguaglianza ivi sancito che, improntando di sé l'esercizio di tutte le attività pubbliche, si traduce, nei confronti di quella giurisdizionale, nell'obbligo per il giudice di rendere a parità di condizioni decisioni giudiziarie uniformi con la conseguenza che ove questi non intenda uniformarsi al precedente ha il dovere di esporre nella motivazione le ragioni del proprio dissenso) deve ammettere che si tratta di un dovere tuttavia privo di sanzione giuridica perché, eccezion fatta per l'ipotesi del principio di diritto stabilito dalla Corte di Cassazione per il giudizio di rinvio, non è previsto né che le parti possano impugnare una sentenza adducendo come motivo che essa non ha tenuto conto di un precedente, anche se della Cassazione a Sezioni Unite (ma vedasi sul punto quanto si dirà in seguito sull'art. 360-*bis* cod. proc. civ.), né che il giudice, che abbia immotivatamente trascurato un precedente, incorra in qualche sanzione di carattere disciplinare e questo senza contare – conclude l'Autrice – che non risulta neppure sanzionato il dovere del giudice di qualsiasi tipo o grado di seguire le proprie decisioni anteriori.

[2] Com'è noto, infatti, se l'opinione tradizionale nega al precedente giudiziario negli ordinamenti continentali e dunque anche in Italia valore di fonte del diritto, v'è al contrario una parte della dottrina che raggiunge la conclusione opposta: cfr., ad es., A. Pizzorusso, *Fonti del diritto – Art. 1-9*, Bologna-Roma, 2011, pp. 726-728, secondo il quale il precedente giudiziario è una fonte-fatto, una fonte culturale, una fonte produttiva di norme interpretative e quindi una meta-fonte la cui efficacia normativa «si identifica in quella delle norme interpretate alle quali viene imputato il principio di diritto che costituisce il contenuto del precedente» (p. 728). Da ultimo sul punto cfr. G. Silvestri, *Discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in *www.sistemapenale.it*, 17 maggio 2024, p. 8, il quale osserva che «la tradizionale avversione dei giuristi europei continentali verso il metodo dello *stare decisis*, proprio del diritto anglosassone, è destinato ad attenuarsi sempre di più dopo l'avvento delle Costituzioni rigide garantite fondate sul principio di eguaglianza. Appare difficile negare alla giurisprudenza la natura di fonte del diritto se si riconosce che tale principio… subirebbe offesa… qualora casi analoghi fossero giudicati in modo diverso».

[3] Così A. Anzon, *Autorità di precedente ed efficacia di «giudicato» delle sentenze di accoglimento nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, p. 274.

almente non venga ignorato né disatteso senza motivazione però il fenomeno resta pur sempre confinato sul piano del fatto»[4]. Nei sistemi di *common law* e segnatamente in quello inglese vige, invece, la regola dello *stare decisis*, ovvero la presenza dell'obbligo giuridico di non discostarsi da un dato precedente[5]. È certo che «*jurisprudence in the continental sense plays a vital role in legal development, whether it is accorded the status of a source of law or not*»[6] e che questa osservazione induce a considerare, così come riscontrato da autorevole dottrina[7], un dato di fatto il processo di progressivo avvicinamento delle due grandi famiglie giuridiche occidentali del *common law* e del *civil law*[8]. Si potrebbe altresì osservare che nei sistemi di *common law* ed in particolare in quello inglese la regola dello *stare decisis* si presenta oggi nel

[4] Così A. Anzon, *Autorità di precedente ed efficacia di «giudicato» delle sentenze di accoglimento nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 275, secondo la quale «proprio perché si tratta del risultato di una scelta libera, e non giuridicamente imposta, il conformarsi al, o il distaccarsi dal, precedente potrà essere inteso come spia di valutazioni discrezionali del giudice delle leggi e, insieme, del concreto peso che esso gli attribuisce».

[5] Cfr. sul punto, *inter alios* e per riferirci alla sola dottrina italiana, U. Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1991, p. 238 nota 119; V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2014, pp. 189-190.

[6] Così J.A. Jolowicz, *Too many precedents?*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, p. 288.

[7] Cfr., per esempio, J.H. Merryman, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973, pp. 69-70; L. Elia, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, in *Quaderni costituzionali*, 1984, pp. 7 ss. e più recentemente S. Chiarloni, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 631; M. Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, in *S. Cal. L. Rev.*, 2001, (vol. 74), p. 1346; R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro italiano*, 2006, V, p. 280, secondo il quale «l'affermazione del valore soltanto dichiarativo della giurisprudenza ed il corollario che se ne trae in ordine al valore "debole" del precedente peccano di un certo grado di astrattezza e sono sempre più soggetti a forti torsioni, dando luogo a non poche contraddizioni, tanto più in un'epoca di progressivo avvicinamento, se non addirittura di tendenziale integrazione, degli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale con quelli anglosassoni di *common law*, nei quali la regola dello *stare decisis* ha un valore (mai davvero assoluto, ma innegabilmente) molto più pregnante» e ivi prosegue che non si può negare come l'attività interpretativa del giudice debba svolgersi nell'ambito della legge e quindi nel rispetto dell'art. 101, comma 2 Cost., ma è tuttavia «impossibile non riconoscere anche nel nostro sistema una funzione creativa della giurisprudenza, quanto meno – ma non solo – in tutti i campi nei quali il legislatore opera attraverso clausole generali (o norme elastiche), per ciò stesso suggerendo che sia l'interprete a specificare di volta in volta il contenuto del precetto legale che deve essere attinto dal patrimonio dei valori sociali»; fra gli ultimi E. Calzolaio, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa tra civil law e common law*, in *Contr. e impr.*, 2020, p. 1460, che ricorda che la Corte di Cassazione italiana, usando tra il 2011 e il 2019 il termine "*overruling*" in oltre mille pronunce, si è anche stilisticamente avvicinata agli stilemi di *common law*.

[8] Non a caso è stato addirittura sostenuto che il problema del "valore" del precedente si pone nel diritto anglo-americano in termini rovesciati perché, mentre nei sistemi continentali «è in primo piano il perché del rifarsi al precedente, malgrado la sua non vincolatività, nella *common law* viene in particolare rilievo la ricostruzione dei percorsi concettuali attraverso cui il precedente, pur vincolante in origine e in via di principio, ad un certo momento non è più sentito e riconosciuto come tale»: così V. Marinelli, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.* – Agg. VI, Milano, 2002, p. 877.

suo complesso abbastanza flessibile e tale da corrispondere alle esigenze dell'evoluzione giuridica grazie – non solo[9] – soprattutto alla tecnica del *distinguishing*. Del resto, anche in un ordinamento di *civil law* qual è quello italiano esiste una norma – l'art. 360-*bis* cod. proc. civ. – intitolata "Inammissibilità del ricorso", il cui punto n. 1 così dispone: il ricorso per Cassazione è inammissibile *«quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte [di Cassazione] e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa»*[10]. In questo modo è data origine ad una valutazione articolata in due passaggi. Il primo consiste nel confronto tra la soluzione adottata dal giudice che ha emesso il provvedimento impugnato e i precedenti (la "giurisprudenza") della Corte di Cassazione. Se la soluzione adottata dal giudice di merito è conforme alla giurisprudenza della Cassazione, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, fatto salvo l'esito di un secondo passaggio concernente la valutazione degli elementi offerti dal ricorrente per indurre la Corte a mutare il suo orientamento. Qualora il ricorso offra alla Corte elementi per un ripensamento, lo stesso dovrà essere deciso secondo il percorso ordinario del giudizio di legittimità. Da questa previsione – in merito alla cui costituzionalità ed in modo particolare alla cui compatibilità con l'art. 101, comma 2

[9] Come è stato osservato da G. Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 1981, p. 368, in riferimento al "superamento" del precedente, quest'ultimo «è come il vino che migliora invecchiando finché non giunge il tempo in cui va a male. Ora, quando si è certi che esso (il precedente) si sia irrimediabilmente guastato – in tal caso si parla di precedente "*plainly unreasonable and inconvenient*" – il giudice non avrà esitazione a passarlo nel bottaccino dell'aceto. Ma non sempre vi è questa certezza, anche perché la crisi di disattualità può essere piuttosto lunga. Allora il giudice è combattuto tra due esigenze: quella di mantenere in vita il precedente già passatello, assicurando così la certezza del diritto in ordine ad esso istituita e quella di superare il precedente medesimo, annullandolo, per introdurre un giudizio innovativo in linea con l'emergente nuova realtà sociale, ma non completamente in tono, per essere un po' prematuro, con l'esistente stato del diritto». In tema cfr. anche L. Pegoraro – A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, 2000, pp. 39 ss., spec. p. 40, i quali osservano che la moderna dottrina del precedente è venuta individuando una serie di tecniche sviluppatesi nella giurisdizione di *common law* che sembrano mettere la regola *stare decisis* intesa nella sua versione tradizionale in una luce molto diversa: basti pensare – rilevano gli Autori – che un caso frequentemente *criticized*, *questioned*, *distinguished* ha più probabilità di andare incontro alla scure dell'*overruling* di quanto l'abbia un caso sempre *followed* in virtù del suo valore sapienzale e di conseguenza in quest'ottica la teoria moderna del precedente ha esteso la tipologia dell'*overruling* fino ad arrivare a comprendere i casi di *anticipatory overruling* e di *prospective overruling*.

[10] Non si dimentichi inoltre l'esistenza di altre norme assai significative sempre nell'ordinamento italiano: si pensi all'art. 374 cod. proc. civ, il cui testo così dispone al terzo comma: "Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso". Senza introdurre un obbligo delle Sezioni semplici di conformarsi alle Sezioni Unite, si è pertanto stabilito che, in caso di dissenso, la Sezione semplice deve rimettere nuovamente la decisione alle Sezioni Unite. La scelta di modificare un orientamento assunto dalla Corte a Sezioni Unite spetta esclusivamente alle stesse Sezioni Unite. Non sono previste sanzioni per la violazione della regola, ma, se una Sezione semplice dovesse esprimere un orientamento difforme dalle Sezioni Unite senza seguire la via tracciata dal codice, il precedente così creato risulterebbe fortemente indebolito quanto alla sua autorevolezza. La regola, introdotta per le Sezioni Unite civili, è stata estesa anche alle Sezioni Unite penali: l'art. 618, comma 1-*bis* cod. proc. pen., introdotto dalla legge n. 103/2017, dispone infatti che "Se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso". Il testo è del tutto analogo a quello dell'art. 374 cod. proc. civ. fatto salvo il fatto che in materia penale non si richiede espressamente che l'ordinanza sia motivata, motivazione che, comunque, il provvedimento della sezione semplice non dovrebbe omettere. L'ordinamento tende quindi, alla ricerca di coerenza e di ponderazione, ad affermare il principio per il quale all'interno della Corte di cassazione, penale e civile, il dissenso delle Sezioni semplici deve essere motivato e deve esprimersi non direttamente, ma mediante la richiesta di un nuovo intervento delle Sezioni Unite o dell'adunanza plenaria, il che accentua fortemente l'autorevolezza dei relativi precedenti.

Cost., che riconosce a tutti i giudici e dunque anche a quelli di merito la piena autonomia nell'interpretazione del diritto oggettivo, peraltro potrebbero sorgere non pochi dubbi[11] – consegue che il legislatore sollecita la Corte di Cassazione «a focalizzare con precisione i suoi precedenti e a metterli a confronto con le ragioni della innovazione. I precedenti non sono vincolanti ed eventuali modifiche di orientamento sono sicuramente possibili. Tuttavia, le innovazioni devono essere attentamente soppesate e non possono essere operate saltando il confronto con i precedenti e senza un'adeguata motivazione»[12]. Tanto specificato, continua tuttavia a sussistere la differenza relativa al "valore" da attribuirsi al precedente nella *civil law* e nella *common law*[13]: non a caso è stato sostenuto che *«l'importanza del precedente giudiziale è sempre stata una caratteristica distintiva del sistema giuridico inglese»*[14]. D'altronde, è vero che a seguito del *Practice Statement* del 1966 la *House of Lords* può, qualora lo valuti opportuno, non ritenersi vincolata dai propri precedenti – senza contare che dal mese di ottobre del 2009 alla *House of Lords* è succeduta, in virtù del *Constitutional Reform Act* del 2005, la *Supreme Court for the United Kingdom*, la quale opera secondo le stesse modalità e con gli stessi lim-

[11] Pone questi dubbi in dottrina A. Carratta, *Il "filtro" al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 1565, il quale si chiede: «nel prevedere che il ricorso è inammissibile se la sentenza impugnata ha deciso "questioni di diritto" in maniera conforme alla giurisprudenza della Cassazione e – per converso – ammissibile il ricorso avanzato avverso un provvedimento che abbia deciso in maniera difforme dalla stessa giurisprudenza, non si introduce – sia pure surrettiziamente – l'idea che una sentenza di merito non conforme alla giurisprudenza della cassazione sia viziata per "violazione di legge", e quindi ricorribile, in evidente contrasto con il dettato costituzionale dell'art. 101, comma 2? E questo – si badi – nonostante nel caso di specie il giudice di merito abbia operato correttamente e sia garantito in ciò dalla norma costituzionale».

[12] Così P. Curzio, *Il giudice ed il precedente*, in *Quest. giust.*, n. 4/2018, pp. 1 ss.

[13] A questo proposito si ricordano soltanto le chiare parole spese da V. Angiolini, *La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988, pp. 77-78 nota 89, il quale osserva quanto segue: «che un riavvicinamento tra sistemi giuridici che hanno diverse origini e hanno a lungo vissuto su diverse premesse storiche, politiche, sociali, economiche e culturali, sia in corso è possibile. Ciò non toglie tuttavia che si debba tenere conto preliminarmente del panorama storico-giuridico dell'ordinamento italiano. Intanto, è allora da sottolineare come non convinca, quale che ne sia la forza, un principio di *stare decisis* che, nell'ordinamento italiano, sia fondato soltanto sulla funzione di coerenza e di continuità della giurisprudenza della Corte costituzionale. Una siffatta introduzione dello *stare decisis* solo per (o con preferenza per) taluni giudici, invero, diverrebbe fatalmente un mezzo per affermare una loro posizione di preminenza su altri corpi giurisdizionali che la Costituzione (ed anzitutto l'art. 101 Cost.) non è pacifico riconosca (ad onta di alcune interpretazioni dell'art. 111 Cost., il quale non sancisce *ex professo* una simile funzione della Corte di Cassazione, mitigandone e non solo esaltandone il ruolo). Né pare si possa fondare il principio dello *stare decisis*, nell'ordinamento italiano, ritenendolo implicito nell'estensione, alle attività giurisdizionali, del principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost. riletto nella lente della "ragionevolezza", e cioè come divieto di trattamenti discriminatori. In primo luogo, perché l'attuazione dell'art. 3 Cost. grava, ovviamente a seconda dei connotati propri di ciascuna di esse, sopra ogni funzione pubblica, e non è affatto detto che l'eguaglianza debba impegnare la giurisdizione più della legislazione e della amministrazione, da taluno identificato appunto con la pratica dell'eguaglianza, imporrebbe per altri di agire in aderenza a un principio egualitaristico di giustizia sostanziale persino più penetrante: il che, nondimeno, non ha mai significato, né forse potrebbe significare, che la stessa prassi amministrativa sia vincolata dallo *stare decisis* come tale».

[14] Così G.T. Evans, *The Development of the Doctrine of* Stare Decisis *and the Extent to Which It Should Be Applied*, in *Denver Law Rev.*, n. 23/1946, p. 32 (con traduzione nostra).

iti della *House of Lords* anche in riferimento al rispetto dei precedenti[15] – tuttavia, se per quanto riguarda la *Supreme Court* la stessa ha avvertito che sarà "*very circumspect before accepting an invitation*"[16] a discostarsi dai propri precedenti[17], analogamente è assai raro il caso che la *House of Lords* abbia approfittato della sopra indicata facoltà concessa a se stessa[18]. In buona sostanza, nel consentire nuovamente l'*overruling*, la *House of Lords* ha evidenziato come questo potesse essere utilizzato solo a seguito di una serie di verifiche che valutassero le potenziali conseguenze sull'equilibrio tra gli interessi coinvolti: tale premura è del resto particolarmente comprensibile se si considera che l'*overruling*, a differenza dell'attività normativa svolta dal Parlamento, normalmente produce effetti retroattivi[19]. Di conseguenza in mancanza di *overruling* l'unico modo di mutare la regola giurisprudenziale è sempre risultato essere l'adozione di una legislazione che sopprimesse o che modificasse la regola stessa[20]. Se è vero infatti che lo *stare decisis* «*non è innato al sistema inglese*»[21], ovvero è un «*fenomeno assente nel common law classico*»[22], è anche vero che, dal 1833 con le affermazioni rese dal giudice Parke in una pronuncia molto nota[23], il sistema inglese di *common law* consiste "nell'applicazione a nuove circostanze delle regole giuridiche che noi giudici deriviamo

[15] Lo ha chiarito la stessa Corte Suprema con la sentenza *Austin v. Southwark London Borough Council* [2010] UKSC 28, [2011] 1 AC 355. Del resto, come nota J. Lee, *The Doctrine of Precedent and the Supreme Court*, in *www.innertemple.org.uk/wp-content/uploads/*, 2017, p. 3, «*the value of the doctrine of precedent to the common law… is not simply that it ensures respect for past decisions but also that it ensures that bad decisions do not have to be repeated*». L'Autore fra l'altro ricorda anche che ci sono state ben tre occasioni in cui è stato fatto dalla Corte Suprema un espresso riferimento al *Practice Statement* del 1966, ovvero, oltre che nel già citato caso *Austin*, anche in *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13 e in *Jones v Kernott* [2011] UKSC 53.

[16] Così in *Knauer v Ministry of Justice* [2016] UKSC 9; [2016] AC 908 [23]. In altre parole, non è sufficiente che un giudice della Corte Suprema ritenga che un caso precedente fosse "sbagliato"; deve essere presente un'ulteriore ingiustizia e, a questo proposito, la corte spesso considererà se gli effetti negativi della modifica della legge (come l'interruzione della certezza e il possibile effetto retroattivo) siano sufficientemente compensati dalla necessità di fare giustizia (cfr. *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation v Revenue and Customs Commissioners* [2020] UKSC 47, [2022] AC 1 [245] (Lords Reed and Hodge)).

[17] In tema cfr. nella dottrina più recente L. Graham, *Strong Decisions and* Stare Decisis *in co-ordinate Courts*, 27 luglio 2023, pp. 1 ss., il quale ricorda che la possibilità di discostarsi dai propri precedenti è stata considerata dalla stessa Corte Suprema come un "*high hurdle*" (così in *Henderson v Dorset Healthcare* [2020] UKSC 43; [2021] AC 563 [88]).

[18] Fra i pochissimi casi in cui la *House of Lords* ha superato un proprio precedente si ricorda *Miliangos v. George Frank* (Textiles) Ltd. [1975] 3 All. E. R. 801, con il quale è superato un precedente del 1961 – a seguito, peraltro, di un *anticipatory overruling* della *Court of Appeal* – affermandosi che la moneta con cui s'adempie l'obbligo di risarcire il danno non deve necessariamente essere la sterlina. In tema cfr. S. Chiarloni, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 628 nota 29; A. Pin, Rule of law, *certezza del diritto e valore del precedente*, in *DPCE on line*, 2021, p. 106 e *ivi* nota 225, il quale, dopo aver precisato che nel *Practice statement* del 1966 l'*overruling* è stato comunque confermato come eccezionale e praticabile solo una volta soppesati i suoi potenziali effetti sulle relazioni sociali ed economiche, ricorda il caso *R Knuller (Publishing, Printing and Promotions)* Ltd [1973] AC 435 per Lord Reid: "*I think that however wrong or anomalous the decision may be it must stand and apply to cases reasonably analogous unless or until it is altered by Parliament*"; F.M. Damosso, *Il vincolo al precedente tra sentenza di legittimità e massimazione*, Torino, 2022, p. 16, il quale osserva non a caso che la rilevanza del *Practice statement* del 1966 «si coglie in massima parte sul piano teorico e declamatorio, piuttosto che nella sua ricaduta concreta».

[19] Così anche A. Pin, *Rule of law, certezza del diritto e valore del precedente*, cit., p. 106.

[20] In tal senso cfr. F. De Franchis, *Dizionario giuridico. Law Dictionary*, Milano, 1984, p. 1168.

[21] Così N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008, p. 116 (con traduzione nostra).

[22] Così U. Mattei, *Common law*, cit., p. 218. Basti pensare – come ricordano V. Varano – V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 316 – che fino al XV secolo si discute circa un reale carattere vincolante del precedente, ma si conclude nel senso di negarlo attraverso l'utilizzo della formula secondo la quale "nessun precedente può avere la stessa forza di ciò che è giusto".

[23] *Mirehouse v. Rennel*, [1833], 1 Cl. and Fin. 527. In tema cfr. le interessanti osservazioni di V. Varano, *Regola del precedente,* overruling*, giustizia predittiva*, in V. Messerini e altri (a cura di), *Ricordando Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, Marina di Carrara, 2020, p. 176.

dai principi giuridici e dai precedenti giudiziari; al fine di garantire l'uniformità, la coerenza e la certezza del diritto, noi dobbiamo applicare tali regole, purché non siano puramente illogiche e fuori luogo, a tutti i casi simili che si presentano; e non abbiamo alcuna possibilità di disattenderle, o di rifiutare il ricorso analogico ad esse, preferendone altre mai giudizialmente consacrate, perché riteniamo che tali regole non siano così ragionevoli e opportune come noi le desidereremmo. Mi sembra di estrema importanza tenere a ment-

e questo principio decisorio, non solamente per la determinazione di un caso particolare, ma nell'interesse del diritto come scienza"[24]. La notevole distanza fra il sistema inglese e quello italiano in materia di precedente giudiziario si riduce – senza mai annullarsi – a seguito delle affermazioni contenute nella sentenza n. 203 del 2024 della Corte costituzion-

[24] Pur non essendo questa la sede più idonea per un approfondimento della problematica, ci si limita solo a ricordare che dalla seconda metà del 1800 il precedente nel diritto inglese si impone come formalmente vincolante: sarà infatti soprattutto con il caso *London Tramways Co v London County Council* [1898] AC 375 che la *House of Lords*, abbracciando l'esigenza di estrema prevedibilità e rassicurazione nei confronti dei traffici commerciali, ha bloccato formalmente l'evoluzione del precedente stabilendo che non avrebbe più effettuato l'*overruling* delle proprie decisioni (in tema cfr., per tutti, le osservazioni di H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2014, spec. p. 237). Tale rigido imporsi del precedente vincolante può essere temporalmente collocato in concomitanza con la riorganizzazione in senso gerarchico delle corti inglesi: queste ultime, a seguito dei *Judicature Acts* del 1873-1875, costituiscono un apparato giudiziario piramidale nel cui ambito la regola è in grado di operare strutturalmente. È a tutti noto che alla base del vincolo in esame risiede innanzitutto la cosiddetta teoria dichiarativa (o ricognitiva), secondo la quale il diritto non è creato, bensì è scoperto dal giudice: questi si limita a dichiarare un diritto già esistente «nell'inesplorato fondale del mare della legge consuetudinaria» [così A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, 1999, p. 187, il quale osserva che i giudici in base a tale concezione dichiaravano la *common law* come essa era esercitando il loro mestiere di giudicanti e così com'era doveva rimanere, né essi potevano plasmarla a loro piacimento: «non a caso» – conclude l'Autore (cfr., *op. cit.*, pp. 187-188) – «oltre Atlantico, dove si andavano affermando – anche grazie a famosi giudici-giuristi come Holmes e Cardozo, e poi al c.d. "realismo giuridico" – idee affatto diverse sul ruolo dei giudici considerati non più meri "scopritori", o "dichiaratori", ma veri e propri "creatori" del diritto, si assistette pian piano – dopo un lungo periodo di fulgore – ad una progressiva attenuazione dello *stare decisis* più drastico. Il giudice non solo dichiarava, ma creava… In questo quadro, come si era creato diritto con una decisione precedente, allo stesso modo e con la stessa autorità si poteva ricreare diritto con una decisione successiva. Nulla impediva dunque di superare un precedente quando si mostrasse necessario farlo»]. La concezione di un diritto, che in buona sostanza non muta in quanto a non mutare è la ragione umana di cui esso è mera manifestazione, genera fatalmente la figura di un giudice "oracolare": il suo compito è *jus dicere*, non *jus dare*, e dunque giammai creare, ma piuttosto scoprire il diritto [anche se a dir la verità – come mirabilmente notato da F.M. Damosso, *Riflessioni organiche sul precedente anglo-americano*, in *www.legislazionepenale.eu*, 21 ottobre 2020, pp. 3-4 – i riflessi di tale concezione sulla successiva formazione della regola dello *stare decisis* appaiono tanto evidenti quanto controversi. A tal proposito va infatti evidenziato l'emergere di un profilo problematico sin da questa fase prodromica della *doctrine of binding precedent*, stante che dalla stessa teoria dichiarativa derivano due possibili esiti teoricamente divergenti: da una parte l'alta vincolatività del precedente giudiziario, in quanto 'prova' del diritto immutabile pur nel mutare delle circostanze e dei casi (*id est*: prova di ciò che il diritto è), tale per cui la decisione che non segue il precedente si considera illegittima in quanto resa *ab iniuria*; dall'altra la possibilità di superare il precedente, proprio in forza dello stesso argomento, qualora si ritenga che esso non sia dedotto da quel valore superiore al giudice, che è il diritto di ragione – o antica consuetudine, che dir si voglia – e quindi che sia stato reso esso stesso originariamente *ab iniuria*]. In secondo luogo, come è stato da più parti ed anche autorevolmente sottolineato (in tal senso cfr. altresì U. Mattei, Common Law, cit., pp. 89-90; F.M. Damosso, *Riflessioni organiche sul precedente anglo-americano*, cit., pp. 5-6, il quale ricorda l'*opinion* di Lord Halsbury del 1898, in occasione del celebre *London Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council*, con il quale può dirsi completato il processo di irrigidimento dello *stare decisis* e che ha definitivamente sancito, per i successivi sessantotto anni, che la *House of Lords* fosse inderogabilmente vincolata ai suoi precedenti, là dove, rivolgendosi ai *Lords* – e premettendo di essere "pienamente d'accordo con ciò che è stato detto da Lord Campbell" – afferma che "la decisione resa da questa Corte in punto di diritto è successivamente vincolante per questa stessa Corte" e che "è impossibile sollevare di nuovo una questione identica a quella già decisa come se si trattasse di una *res integra* tale da essere riesaminata, chiedendo a questa Camera di abrogare la precedente decisione". Da qui l'assoluta impossibilità di "ignorare tutti i precedenti in materia e ritenere che ciò che alcuni chiamano un 'caso straordinario' o un 'caso inusuale', un caso cioè in qualche modo differente da quelli ordinari, sia sufficiente a giustificare una nuova discussione e una nuova valutazione davanti alla Corte di ultima istanza di una questione che sia già stata decisa"), l'irrigidimento dello *stare decisis* appare causato dall'irrompere del positivismo giuridico. Accanto a un diritto del precedente, non creato ma scoperto dai giudici, e pertanto – se non "male dichiarato" – fisso e immutabile in quanto espressione "del buon senso e della ragione umana" o comunque di un'antica consuetudine esistente *ab immemorabilia*, si va affermando l'idea di un diritto come legge positiva, creata sì, ma dal Parlamento che rivendica in via esclusiva, sia pure insieme al Sovrano, l'esercizio della funzione legislativa: dinanzi a quest'ultima il solo discostarsi dal precedente da parte dei giudici equivarrebbe di fatto ad un atto di legiferazione assolutamente illegittimo.

ale italiana e in particolare nel passaggio in cui si trova scritto quanto segue: "il tendenziale rispetto dei propri precedenti – unitamente alla coerenza dell'interpretazione con il testo delle norme interpretate e alla persuasività delle motivazioni – è, per le giurisdizioni superiori, condizione essenziale dell'autorevolezza delle loro decisioni, assicurando che i criteri di giudizio utilizzati restino almeno relativamente stabili nel tempo, e non mutino costantemente in relazione alla variabile composizione della corte. Ciò vale anche, e forse in speciale misura, per il giudice costituzionale: le cui decisioni hanno una naturale vocazione a orientare la prassi operativa delle istituzioni della Repubblica, creando ragionevoli affidamenti su ciò che a ciascuna di esse è consentito in forza delle previsioni costituzionali. In particolare, il potere legislativo deve essere posto in condizioni di ragionevolmente prevedere se le proprie scelte saranno ritenute conformi alla Costituzione, ovvero siano verosimilmente destinate a essere dichiarate costituzionalmente illegittime. Naturalmente, a questa Corte non è preclusa la possibilità di rimeditare i propri orientamenti, e se del caso di modificarli. Tuttavia, ogni revirement scuote gli affidamenti che la precedente giurisprudenza ha creato. Soprattutto a fronte di una giurisprudenza costante e risalente nel tempo, alla quale il legislatore si è nel frattempo conformato, occorrono perciò – per giustificare un suo mutamento – ragioni di particolare cogenza che rendano non più sostenibili le soluzioni precedentemente adottate: ad esempio, l'inconciliabilità dei precedenti con il successivo sviluppo della stessa giurisprudenza di questa Corte o di quella delle Corti europee; il mutato contesto sociale o ordinamentale nel quale si colloca la nuova decisione o comunque il sopravvenire di circostanze, di natura fattuale o normativa, non considerate in precedenza; la maturata consapevolezza sulle conseguenze indesiderabili prodotte dalla giurisprudenza pregressa. Da questo principio – ribadito a chiare lettere nella sentenza n. 24 del 2025 – si trae il convincimento che la Corte costituzionale adotta la visione – propria di un'autorevole dottrina[25] – secondo la quale la possibilità di discostarsi dal precedente per le giurisdizioni superiori è ammessa solo in presenza di gravi ragioni che giustifichino il mutamento e che, in seguito ad un prudente giudizio di bilanciamento, *«risultino prevalenti rispetto alle ragioni della conservazione, legate non solo alla tutela dell'affidamento, ma anche all'esigenza di trattare in modo eguale casi simili»*[26]. Per quanto concerne la giurisprudenza costituzionale quest'autorevole dottrina, a cui si rifà la Corte, sostiene come la forza del precedente sia fondata su una ragione in più, ovvero sulla Costituzione come norma di durata, destinata a stabilizzare la vita politica e sociale e a sottrarla all'incostanza delle vicissitudini quotidiane. Questa funzione della Costituzione quale norma di durata sarebbe contraddetta da una giurisprudenza costituzionale che *«andasse vagando, procedesse attraverso strappi e contraddizioni. Una giurisprudenza di questo genere avrebbe inevitabilmente un valore decostruttivo,*

[25] Basti citare, per tutti, per l'autorevolezza della fonte F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, pp. 33-34, che è poi il giudice relatore/redattore della sentenza n. 203 del 2024 e della sentenza n. 24 del 2025. L'Autore osserva che la libertà interpretativa del giudice stesso di fronte alla legge «deve essere ragionevolmente bilanciata con il fascio di valori ed interessi costituzionali e convenzionali che spingono formalmente verso la stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali, sì da garantire la prevedibilità delle decisioni giudiziarie» e che «in quest'ottica i precedenti della Cassazione dovrebbero essere seguiti non tanto perché 'corretti', o intrinsecamente 'giusti', bensì per la pragmatica ragione che conformarsi ai precedenti dell'autorità a cui l'ordinamento affida espressamente il compito di assicurare uniformità all'interpretazione della legge è il modo più efficace per garantire tutela ai diritti individuali e agli interessi collettivi, di rango costituzionale e convenzionale».
[26] M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fior.*, n. 1/2015, p. 172.

anzi distruttivo, della costituzione: sarebbe in sé stessa non un servizio alla costituzione, ma un attentato alla sua natura profonda. Mentre conosciamo l'instabilità della legislazione ordinaria, l'instabilità della costituzione sarebbe un'irrimediabile condizione acostituzionale»: in altre parole, le singole decisioni della Consulta *«non partono da zero, ma prendono l'avvio da quanto si è stabilito in precedenza, su questo lascito ereditario si fondano e a questo patrimonio apportano il loro contributo: le decisioni successive si avvantaggiano delle orme impresse nel diritto dalle decisioni precedenti, in modo da poter più speditamente e facilmente procedere oltre, seguendo una direzione e non andando a casaccio»*[27]. Certo è che la fedeltà ai precedenti non esclude categoricamente un mutamento di giurisprudenza. Non è un caso che la stessa Corte costituzionale abbia chiarito *expressis verbis* nella medesima sentenza n. 203 del 2024 che il mutamento di giurisprudenza può avvenire qualora sussistano "ragioni di particolare cogenza che rendano non più sostenibili le soluzioni precedentemente adottate". Fra queste ragioni il Giudice delle leggi annovera in modo particolare le seguenti: l'inconciliabilità dei precedenti con il successivo sviluppo della stessa giurisprudenza della Corte o di quella delle Corti europee; il mutato contesto sociale o ordinamentale nel quale si colloca la nuova decisione o comunque il sopravvenire di circostanze, di natura fattuale o normativa, non considerate in precedenza; la maturata consapevolezza sulle conseguenze indesiderabili prodotte dalla giurisprudenza pregressa. Tuttavia, dalle affermazioni contenute nella succitata pronuncia si inferisce che non è sufficiente motivare diversamente affinché i giudici costituzionali possano sentirsi non obbligati a seguire un precedente, ma occorre qualcosa di più e di diverso, ovvero quelle "ragioni di particolare cogenza che rendano non più sostenibili le soluzioni precedentemente adottate". Da quelle stesse affermazioni della Corte si evince che senza fedeltà ai precedenti non sarebbe neppure possibile la costruzione di una giurisprudenza costituzionale. Se pertanto si intende continuare ad affermare che il precedente ha valore meramente persuasivo in relazione alle decisioni della Corte costituzionale, tale valore dev'essere considerato «di grado elevato»[28] nel senso che il precedente è tenuto normalmente in considerazione in occasione di successive pronunce della stessa Corte. Si potrebbe così rilevare che la prassi di seguire i precedenti può dirsi coerente con un canone di giustizia strettamente connesso con il principio di uguaglianza nonché con il perseguimento del valore della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni: tale canone è proprio e caratteristico di tutta la tradizione giuridica occidentale. Il *modus decidendi*, secondo cui casi analoghi dovrebbero essere dec-

[27] Entrambe le ultime citazioni sono tratte da G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale.* I. *Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, p. 138, secondo i quali si tratta di salire sulle spalle di un gigante – la giurisprudenza costituzionale – per sporgersi un po' più su e vedere un po' più in là. D'altronde, già R. Calvano, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1281, sosteneva che «la durata della carica di giudice costituzionale che rende relativamente stabile la composizione del collegio, il fatto di giudicare in un unico collegio, la particolare efficacia delle sentenze e il prestigio dell'organo in sé aiutano a comprendere la riluttanza della Corte a discostarsi dai propri precedenti».
[28] Così A. Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*, Milano, 1995, p. 15.

isi in modo analogo, in quanto tale sembra assurgere a «regola di applicazione pressoché universale»[29]: infatti tale *modus decidendi* appartiene tanto agli ordinamenti di *civil law*, quanto a quelli di *common law* anche se in riferimento a questi ultimi il vincolo del precedente continua ad assumere proporzioni senz'altro maggiori, ovvero strettamente vincolanti.

2. La distinzione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum*: quale parte della decisione giudiziale costituisce precedente?

Posto allora che, per quanto il principio dello *stare decisis* esplichi validità nell'ordinamento inglese e non in quello italiano, nei termini anzidetti la fedeltà al precedente giudiziario assurge a "valore" fondante tanto nell'uno quanto nell'altro dei due ordinamenti, sorge spontaneo l'interrogativo consistente nello stabilire che cosa costituisce precedente in una decisione giudiziale. Per meglio dire, questo interrogativo potrebbe essere così formulato nell'ordinamento italiano: che cosa rappresenta nelle decisioni delle giurisdizioni superiori e, come s'è visto, soprattutto della Corte costituzionale la parte "altamente persuasiva", ovvero "persuasiva di grado elevato"? Quello stesso interrogativo nel sistema inglese potrebbe essere così sintetizzato: che cosa costituisce nelle decisioni delle giurisdizioni superiori ed in modo particolare della Corte Suprema la parte vincolante o, per dirla con gli studiosi anglosassoni, *what in a decision is binding*? A questo interrogativo si potrebbe rispondere adducendo un'acquisizione data per presupposta nei sistemi di *common law* ed in particolare in quello inglese: tale acquisizione si incentra sulla seguente contrapposizione all'interno della decisione giudiziaria. Da un lato v'è la *ratio decidendi*; dall'altro lato v'è l'*obiter dictum*. La *ratio decidendi* può essere definita, sia pure in via di prima approssimazione, come il motivo per cui un certo caso è stato considerato inquadrabile dalla decisione giudiziaria in un qualche istituto giuridico. Il giudice si trova dinanzi ad un caso concreto e deve stabilire se questo caso concreto possa essere ricompreso in una certa fattispecie legale. Al fine di assumere questa decisione egli deve offrire una propria interpretazione della norma considerata sia essa di *lex scripta* o di *common law*: questa interpretazione della norma costituisce il motivo per il quale il caso concreto è inserito nell'ambito della stessa norma da parte del giudice. Si tratta dunque di un'interpretazione collegata strettamente al caso concreto che il giudice deve decidere: di conseguenza sussiste uno strettissimo rapporto fra

[29] Così A. Pizzorusso, *Effetto di «giudicato» ed effetto di «precedente» delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1976 nota 1, secondo il quale la particolarità del sistema inglese consiste non nel fatto che in esso vige il principio *stare decisis*, bensì nella circostanza che in alcuni casi i precedenti assumono, almeno in teoria, carattere assolutamente vincolante per il giudice. In senso conforme cfr. R. Cross, *Precedent in English Law*, Oxford, 1961, pp. 4 ss.; B. Cardozo, *Il giudice e il diritto*, traduzione italiana a cura di V. Gueli, Firenze, 1961, pp. 14 ss.; R. Kozel, *Stare Decisis as Authority and Aspiration*, in *Notre Dame L. Rev.*, 2021, (vol. 96), p. 1974, che ricorda che l'imperativo per ogni giudice di riferirsi a quanto deciso in precedenza contribuisce a tenere distinti l'organo giurisdizionale e la sua attività dalle convinzioni personali del giudice chiamato a decidere ciascun caso.

ratio decidendi e caso concreto[30]; si potrebbe a questo proposito ricordare la famosa teoria dei "fatti materiali" di Goodhart secondo la quale si deve determinare la *ratio decidendi* sulla base dei fatti materiali e della decisione emessa dal giudice[31]. Rispetto alle affermazioni di principio del giudice che rappresentano il fondamento logico della concreta pronuncia adottata vi sono non solo le affermazioni che regolano "questioni di fatto"[32], ma anche – per quanto più interessa in questa sede – le affermazioni puramente incidentali ed occasionali, ovvero gli *obiter dicta*[33]. Gli *obiter dicta* rappresentano, come è ben noto, opinioni, affermazioni, argomentazioni, citazioni fatte, appunto, *obiter* (*by the way*) dai giudici: tali affermazioni non sono essenziali ai fini della motivazione delle sentenze[34]: questo contrariamente alle *rationes decidendi* la cui nozione deve essere delineata sulla base del concetto di "necessità"[35]. È stato acutamente rilevato[36] che possono distinguersi almeno i seguenti quattro diversi "volti" con cui l'*obiter dictum* può presentarsi: a) irrilevante per i fatti del caso o per altra importante questione; b) rilevante per i fatti del caso, ma non necessario per la decisione; c) rilevante per talune questioni marginali; d) rilevante per altre import-

[30] Correttamente osserva A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, cit., p. 181, che «in fondo, il concetto di *ratio decidendi* è una sorta di *Zwischensatz*, che è vicina sia alla norma generale ed astratta, sia al singolo caso venuto alla considerazione del giudice»; in tema cfr. anche A.L. Goodhart, *Determining the* ratio decidendi *of a case*, in *Yale Law Journal*, (vol. 40), 1930, p. 161; J. Montrose, *Ratio decidendi and the House of Lords,* in J. Montrose, *Precedent in English Law and other Essays*, Shannon, 1968, p. 151; J. Waldron, Stare Decisis *and the Rule of Law: A Layered Approach*, in *Mich. Law Rev.*, 2012 (vol. 111), pp. 29-30.

[31] Sulla suddetta teoria di Goodhart cfr. P.L. Sagdeo, *Modus operandi to apprehend reasoning from observation: Determining* ratio *of a judgement*, in *www.lawjournals.org/assets/archives/*, 2020, p. 116.

[32] Cfr. sul punto R. Cross, *Precedent in English Law*, cit., p. 34, pp. 241-244; G.W. Paton, *A textbook of jurisprudence*, Oxford, 1973, pp. 175 ss.

[33] In una posizione per così dire intermedia fra le *rationes decidendi* e gli *obiter dicta* si situano poi le argomentazioni *ad abundantiam* e in particolare le *rationes decidendi* alternative, ovvero lo svolgimento di due o più serie di argomenti ciascuna delle quali autonomamente idonea a sostenere una data conclusione e in questi casi si è al di qua del confine del semplice *obiter dictum* perché si fa luogo a considerazioni che danno alla decisione un supporto più ampio e più solido: cfr. V. Marinelli, *Precedente giudiziario*, cit., p. 885. La *ratio decidendi* va poi distinta anche dalla *res iudicata* che è il comando concretamente impartito dal giudice per la soluzione delle controversie: rispettivamente la prima consiste nell'effetto della decisione dal punto di vista di una successiva lite interessante parti diverse; la seconda consiste invece nell'effetto rispetto alle parti della controversia medesima (in tal senso cfr. le mirabili parole spese da R. Cross, *Precedent in English Law*, cit., pp. 103-104, nonché, per la dottrina italiana, da A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, Milano, 1983, pp. 230-231). La distinzione fra l'effetto di giudicato e l'effetto di precedente viene spiegata molto bene in relazione alle pronunce della Corte costituzionale da A. Pizzorusso, *Effetto di «giudicato» ed effetto di «precedente» delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., pp. 1982-1983, secondo il quale essa risiede nel fatto che il primo consiste nell'obbligo di generale disapplicazione della norma dichiarata illegittima, mentre il secondo consiste nell'influenza che l'assunzione di una certa affermazione di diritto a *ratio decidendi* di una sentenza della Corte costituzionale produce a favore della sua utilizzazione in occasione di altri giudizi ed in relazione ad altre norme analoghe sia da parte della Corte stessa sia ad opera degli altri giudici.

[34] Come ben osservano G. Williams, *Learning the Law*, London, 1957, pp. 76-77 e G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, pp. 331-332 nota 2, gli *obiter dicta* talvolta sono anche dei trattatelli teorici su questioni diverse da quelle che formano l'oggetto della lite, in altri casi essi espongono regole o principi su casi ipotetici più o meno occasionalmente suggeriti da quello sottoposto al giudice e in altri casi ancora l'*obiter* si presenta come una proposizione generalizzante o concettualizzante al di là del necessario o comunque troppo generica o indefinita rispetto al caso deciso.

[35] Come è noto, a giudizio di E. Wambaugh, *The Study of Cases*, 1894, pp. 17-18, per capire se una determinata proposizione giuridica sia da ritenersi necessaria occorre ipotizzarne la formulazione invertita nel significato e quindi verificare se la decisione avrebbe potuto essere la stessa pure contemplando un tale rovesciamento: se sì, quella proposizione non può dirsi evidentemente necessaria; se no, quella proposizione è da dirsi necessaria e quindi *ratio decidendi*.

[36] Cfr. G. Marshall, *What is binding in a precedent*, in D.N. MacCormick, R.S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents. A comparative study*, Dartmouth, 1997, p. 515.

anti questioni che possono presentarsi in altri casi. Di conseguenza l'importanza che può essere attribuita ai *dicta* differirà a seconda che si tratti dell'uno o dell'altro di questi quattro casi e più in particolare è possibile sintetizzare le funzioni degli *obiter dicta* nel seguente modo: a) mera affermazione incidentale; b) funzione illustrativa o argomento *ad abundantiam* in relazione alla *ratio decidendi* del caso; c) mera affermazione incidentale o scopo illustrativo 'indiretto' della *ratio*, a seconda dei casi; d) funzione anticipatoria/preparatoria della costruzione della *ratio* in un futuro *leading case*, ovvero rafforzativa della *ratio* applicabile ad un caso successivo e relativa a quella questione, ovvero anticipatoria/preparatoria all'*overruling* della *ratio* concernente quella questione. Tuttavia, che l'*obiter* sia inquadrabile nell'uno o nell'altro dei casi sopra esposti, comunque si tratta pur sempre di un principio di diritto non necessario al fine di elaborare la *ratio decidendi* utile a risolvere il caso in questione: di conseguenza la tesi tradizionale sostiene che l'*obiter dictum*, contrariamente alla stessa *ratio decidendi* che è vincolante, non ha alcuna efficacia di precedente; se è vero che la dottrina del precedente si muove per definizione sul terreno dei *cases*, è altrettanto vero che l'*obiter* non è stato pronunciato al fine di decidere un caso e dunque può assumere tutt'al più solo un'efficacia altamente persuasiva se parametrata sull'autorevolezza del giudice che l'ha pronunciato[37]. La necessità di distinguere fra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*, già a suo tempo ufficialmente avvertita dal Vaughan C.J. in *Bole v. Horton* del 1673[38], discende *naturaliter* dalla circostanza che il giudice non incontra limiti di sorta nel motivare il suo giudizio sulla lite: ne consegue che è più che opportuno che questa sua massima libertà sotto il profilo motivazionale risulti bilanciata dalla regola secondo la quale non tutto ciò che egli può statuire e statuisce sia vincolante per il futuro giudice. L'*obiter dictum «non rappresenta se non lo "svolazzo" cui l'estensore ex post della motivazione si abbandona per i motivi più vari, ma senza l'assunzione di responsabilità che è richiesta dalla decisione di un caso concreto»*[39]. Pertanto, nel sistema inglese la distinzione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum* è sì, come è stato efficacemente sottolineato, *«una brutta gatta da pelare»*[40] nel senso che può risultare di difficile enucleazione[41], ma nondimeno essa è estremamente importante: la sua effettuazione dovrebb-

[37] Come scrivono, da ultimi, P. Vines – F. Lubian, F. Viglione, *A Comparative Perspective on obiter dicta: from persuasive authority to seriously considered* dicta, in *DPCE online*, n. 1/2025, p. 190, «*the doctrine of precedent applies, so that all courts below the highest court in the same hierarchy should follow the* ratio decidendi *of the highest court. This is a general rule for all common law countries and what is not* ratio decidendi *is* obiter dicta». Gli Autori muovono dalla constatazione – che riprende la descrizione fornitane da Lord Bingham in *Kay v Lambeth London Borough Council* [2006] UKHL 10, [2006] 2 AC 465 [42] – secondo cui «*the distinction between* ratio decidendi *and* obiter dicta *is a cornerstone of common law precedent*» (p. 189).
[38] Vaughan's Reports, 360, 382.
[39] M. Bin, *Precedente giudiziario, «ratio decidendi» e «*obiter dictum*»: due sentenze in tema di diffamazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 1007, riprendendo così un'espressione di V. Andrioli, *Massime consolidate della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/1948, p. 249.
[40] Così G. Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, cit., p. 352, secondo il quale l'enucleazione della *ratio decidendi* è un grosso problema che il giudice successivo deve necessariamente risolvere in via pregiudiziale prima di affrontare un altro problema, ovvero quello consistente nel chiarire il modo con cui egli deve trattare, dopo averla individuata, la *ratio decidendi* del caso precedente al fine di risolvere il caso che ha sottomano.
[41] Come rilevano G. Criscuoli, M. Serio, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2016, p. 274, il cogliere la distinzione fra *obiter dictum* e *ratio decidendi* «non sempre è facile, il procedimento relativo costituisce una ennesima angustia per l'interprete. Le due nozioni sono chiaramente delineate solo in astratto». Addirittura, a giudizio di A.L. Goodhart, *Determining the ratio decidendi of a case*, cit., p. 162, il termine *ratio decidendi* «è la più fuorviante espressione nella legge inglese» (con traduzione nostra).

e consentire infatti di stabilire quando ci troviamo e quando non ci troviamo di fronte ad un precedente. Esaminata la differenza fra *ratio decidendi* e *obiter dictum* nel sistema inglese, che cosa costituisce precedente in una decisione giudiziale? Nel sistema inglese la risposta sembrerebbe dunque orientarsi nel senso che la *ratio* delle decisioni delle giurisdizioni superiori ed in modo particolare della Corte Suprema è vincolante e dunque costituisce il precedente, mentre l'*obiter* è solo persuasivo e dunque non costituisce mai precedente. Nel sistema italiano – sulla base di quanto è lecito evincere dalle sentenze n. 203 del 2024 e n. 24 del 2025 della Corte costituzionale – la risposta sembrerebbe orientarsi nel senso che la *ratio decidendi* delle decisioni delle giurisdizioni superiori e soprattutto delle pronunce della Corte costituzionale è "altamente persuasiva" o "persuasiva di grado elevato" e dunque, sia pure in una prospettiva non strettamente vincolante, può costituire precedente, mentre l'*obiter* è, sì, persuasivo ma in un grado assai minore e pertanto non costituisce mai precedente[42]. Scopo di questo scritto è quello di dimostrare che, ad un più attento esame delle decisioni della Corte costituzionale in Italia da una parte e delle decisioni della Corte Suprema in Inghilterra dall'altra, la risposta al quesito consistente nell'appurare che cosa costituisca precedente in una decisione potrebbe essere differente in entrambi i sistemi. Più in particolare, un accurato approfondimento della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana comprova che ogni "aspetto" – e quindi tanto la *ratio decidendi* quanto anche l'*obiter dictum* – delle decisioni dalla stessa emesse è "altamente persuasivo": in questo senso si potrebbe osservare che *ratio* e *obiter* risultano parificati quanto alla forza da attribuirsi agli stessi e che dunque, a dir così, convergono nel dare vita ad un precedente. Quanto alle decisioni emesse dai giudici inglesi, dall'esame attento di alcune sentenze recenti è lecito evincere che anche in questo caso la forza della *ratio decidendi* e dell'*obiter dictum* delle sentenze emesse dalla Corte Suprema risulta essere, a certe condizioni, parificata e che quindi entrambi convergono nel costituire precedente: *ratio* e *obiter* infatti assumono entrambi carattere vincolante quasi che l'*obiter* non esista più nella tradizionale configurazione sua propria di mera persuasività. Vediamo in particolare i motivi di questa analogia nella suddetta parificazione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum* nelle decisioni adottate dalla Corte costituzionale italiana e dalla Corte Suprema.

3. *Ratio decidendi* e *obiter dictum* nelle decisioni della Corte costituzionale italiana: il "ruolo" dell'*obiter dictum*

Nel sistema italiano il problema si pone nei termini che seguono. In riferimento alle pronunce della Corte costituzionale italiana, utilizzando la medesima tecnica in uso presso i giuristi e i giudici di *common law*, è teoricamente possibile effettuare la distinzione fra le affermazioni che rappresentano un presupposto logicamente necessario della pronuncia adottata e quelle che tale presupposto non rappresentano. Tuttavia, la distinzione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum* tende a perdere ogni valenza prescrittiva se rapportata alle decisioni

[42] Dopotutto, come ammoniva in un noto scritto un autorevole commentatore (cfr. F. Galgano, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1985, pp. 701 ss., partic. pp. 704-705), fra *ratio decidendi* e *obiter dictum* sussiste un diverso grado di persuasività non foss'altro perché la prima riflette il pensiero dell'intero collegio giudicante o quantomeno della maggioranza dei suoi componenti e il *dictum* che esprime la *ratio decidendi*, proprio perché risolutivo della lite o comunque dell'oggetto della decisione, si deve presumere assunto con maggiore ponderazione e con senso di responsabilità.

dei giudici costituzionali e, anzi, non tutte le affermazioni ricadenti al di fuori della *ratio decidendi* sono "secondarie" all'interno della motivazione delle sentenze del Giudice delle leggi. Il contrario può verificarsi per le motivazioni inserite nelle pronunce dei giudici comuni il cui raggio di escursione è naturalmente limitato dagli invalicabili elementi di fatto che stanno alla base del *petitum* e della *causa petendi*: come è noto, il giudice non può volgersi *ultra petita*, ma deve assolvere al suo compito *iuxta alligata et probata partium*. Completamente diverso è il giudizio incidentale sulle leggi perché esso è costruito su di una continua tensione dialettica fra "astratto" e "concreto": «la motivazione delle sentenze costituisce il luogo ideale in cui tale tensione si polarizza verso la massima astrattezza, nel dissolvimento del legame con la singola questione. Si può dire che le motivazioni delle sentenze del giudice delle leggi siano naturalmente predisposte a contenere affermazioni che si librano al di sopra del caso concreto: in esse gli *obiter dicta* hanno di mira la tutela di norme e valori costituzionali, non delle situazioni portate a giudizio»[43]. Non è un caso, del resto, che sia stato sottolineato come siano piuttosto rari i casi in cui i giudici costituzionali ricorrono all'espressione *obiter dictum* non riconoscendogli alcuna efficacia giuridica[44]. Si pensi soltanto – ma non è l'unico caso[45] – al famosissimo *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 che devia dalla consolidata giurisprudenza "comunitaria". Con tale *obiter* la Corte costituzionale, al fine di riacquisire la centralità nella tutela dei diritti fondamentali e il ruolo di cui essa si era privata escludendosi dal dialogo diretto con la Corte di giustizia, afferma che, "laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [nel prosieguo: CdfUE] in ambito di rilevanza comunitaria", il giudice comune debba rivolgersi innanzitutto al Giudice delle leggi: in tal modo è stata configurata quella che viene definita un'inversione della "regola" della doppia pregiudizialità in virtù della quale invece, per giurisprudenza costituzionale consolidata, la questione di compatibilità "comunitaria" costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità. Ebbene quell'*obiter*, pur essendo stato in seguito temperato dalla Corte, non è stato però superato e, anzi, nelle pronunce immediatamente successive[46] la stessa Consulta si è posta dichiaratamente in linea con l'impostazione di cui alla "precisazione" della sentenza n. 269[47]. Non è un caso che le Sez-

[43] Così C. Salazar, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule "antiche" (forse troppo) per un processo "nuovo" (ma non troppo)?*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 317.

[44] Così E. Crivelli, *Il richiamo della ratio decidendi nei precedenti della giurisprudenza costituzionale*, in M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Padova, 2008, p. 296 nota 30, la quale, fra questi rari casi, ricorda la nota sentenza n. 154 del 1985 sull'insindacabilità dei regolamenti parlamentari in cui la Corte, minimizzando il contributo della pregressa giurisprudenza sul punto, osserva che le sentenze invocate dall'Avvocatura dello Stato e dalle parti "quando non sono inconferenti, appaiono prestarsi solo a congetture, piuttosto forzate e, comunque, controvertibili e controverse, le quali talvolta risultano dedotte da qualche evidente obiter dictum", nonché la precedente sentenza n. 7 del 1982 in materia di autorizzazioni di cave e di torbiere in cui la Corte richiama quanto già affermato nell'antecedente sentenza n. 20 del 1967 e "non certo in guisa di obiter dictum".

[45] Basti anche pensare all'ancor più recente sentenza n. 103 del 2023 della Corte costituzionale in cui è contenuto un *obiter dictum* nel quale la stessa Corte, che pure nella suddetta sentenza non entra nel merito della questione giudicata irrilevante, fa però chiaramente intendere al lettore che la *quaestio* è non manifestamente infondata.

[46] Cfr. le decc. nn. 20, 63, 112 e 117 del 2019.

[47] E ha potuto confermare il *revirement* con riferimento al proprio rapporto con il giudice comune e con la Corte di giustizia e, dunque, alla possibile inversione della "regola" della c.d. doppia pregiudizialità.

ioni Unite Civili della Corte di Cassazione recentemente abbiano affermato che nelle sentenze della Corte costituzionale l'*obiter dictum*, pur andando al di là della *ratio* della decisione del caso concreto, non costituisce una mera divagazione argomentativa, ma svolge una funzione orientativa: più in particolare si legge nella sentenza n. 15236 del 2022[48] che per le pronunce della Corte costituzionale "la stessa distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* perde di significato, giacché le affermazioni di principio contenute nelle motivazioni di quelle pronunce, da considerare sempre nella loro totalità, hanno di mira la tutela di norme, di valori e di attribuzioni costituzionali, in una continua dialettica tra astratto e concreto"[49]. Si può dunque concludere affermando che in riferimento alle pronunce della Corte costituzionale la distinzione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum* sfuma fino quasi a divenire evanescente: di conseguenza, posto che, secondo quanto si ricava dalla più recente giurisprudenza costituzionale, la *ratio* delle decisioni della Corte costituzionale è da considerarsi "altamente persuasiva" o, ciò che è lo stesso, "persuasiva di grado elevato", allora la stessa forza deve essere riconosciuta all'*obiter*[50].

4. *Ratio decidendi* e *obiter dictum* nelle decisioni dei giudici inglesi ed in particolare della Corte Suprema: un "ruolo nuovo" dell'obiter dictum. Analogie fra l'esperienza inglese e quella italiana

Nel sistema inglese ad un primo esame sembrerebbe invece di dover giungere ad affermazioni completamente diverse. Ad ogni studente di giurisprudenza del primo anno in Inghilterra è insegnata la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* nei termini che si sono già esposti: la *ratio* del caso contiene la norma giuridica necessaria per decidere la contro-

[48] La sentenza delle Sezioni Unite fa riferimento specifico alla sentenza n. 262 del 2017 della Corte costituzionale e in modo particolare all'esclusione delle controversie relative ad appalti e forniture di servizi prestati a favore delle amministrazioni degli organi costituzionali dall'ambito dell'autodichia.

[49] Così a p. 22 della sentenza.

[50] In tal senso cfr. altresì già A. Pizzorusso, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in G. Treves (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1971, pp. 53-54 e *ivi* nota 1, il quale osservava che nel sistema inglese è sufficiente verificare se ci troviamo, o meno, dinanzi ad un vero e proprio precedente affinché, una volta che sia possibile rispondere affermativamente a tale quesito, la questione della forza che il medesimo precedente assume sia *ex se* risolta dal diritto positivo (a parte le possibilità di *overruling*, di *distinguishing* ecc.). Nel caso della Corte costituzionale italiana, per contro, non basta assodare che una data affermazione rappresenta la *ratio decidendi* di una decisione e quindi ha forza di precedente affinché se ne possa arguire già quale sia la sua efficacia concreta nei riguardi delle decisioni da assumere in seguito. È invece indispensabile a questo fine valutare quale sia il grado di forza di persuasione che assiste la *ratio decidendi*. E il fatto che la forza delle massime che costituiscono *rationes decidendi* dipende più dalla circostanza che esse siano riconosciute conformi al diritto che non dalla loro intrinseca qualità di precedenti veri e propri rende possibile che anche quelle massime che nell'economia della sentenza costituiscono solo degli *obiter dicta* assumano una funzione non dissimile laddove siano riconosciute come conformi al diritto. Lo stesso Autore sembrava concordare infine, in riferimento all'ordinamento inglese, con chi riteneva che anche la *House of Lords* avrebbe dovuto rivalutare la portata degli *obiter dicta* in seguito al mutamento d'indirizzo circa la forza cogente dei precedenti adottato con la risoluzione del 26 luglio 1966. In tal senso cfr. anche G. De Nova, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 789, che parla di «un nuovo principio [che] nasce da un intreccio di *rationes decidendi* e di *obiter dicta*»; F. Roselli, *Massimazione e memorizzazione della giurisprudenza costituzionale*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 502, il quale sostiene che «i singoli argomenti addotti dalla Corte [costituzionale] in motivazione, insieme agli eventuali profili di illegittimità della norma denunciata, non servono necessariamente a giustificare soltanto la specifica decisione, ma possono avere un valore di indirizzo della legislazione e della giurisprudenza futura eventualmente superiore a quelli adoperati dalla Corte di cassazione. Quanto alla giurisprudenza futura, anzi, si osserva come gli *obiter dicta* permettano di prevedere meglio gli indirizzi della Corte, la quale nella materia di propria competenza è giudice unico, con unico collegio».

re osservazioni che un tribunale compie *incidenter tantum* costituiscono solo *obiter* e quindi non risultano affatto vincolanti per i tribunali che in seguito giudicheranno su quel caso. I "concetti" di *ratio decidendi* e di *obiter dictum* si inseriscono in una concezione ben precisa del ruolo e della legittimità del potere giudiziario. Infatti, secondo una teoria ortodossa del potere giudiziario i tribunali esercitano legittimamente il proprio potere in quanto esso è al servizio della risoluzione delle controversie: non è un caso che dunque la *ratio decidendi* sia vincolante, mentre l'*obiter dictum* non lo è. Il precedente nasce dai fatti e dunque non è un'astratta questione di principio. È partendo dal fatto che si giunge al precedente: quest'ultimo non è stabilito dalla corte superiore, ovvero non è da essa "enunciato" autoritativamente, ma è riconosciuto dal giudice inferiore (o successivo) dopo aver valutato l'analogia dei fatti che ha davanti con quelli che sono stati giudicati in precedenza; se l'analogia non sussiste, allora non sussiste neppure il precedente e, se quel giudice inferiore (o successivo) avverte qualche apprezzabile differenza, procede con il *distinguishing*. Il precedente non è comprensibile se l'interpretazione della norma che in esso è stata applicata non viene connessa direttamente con la fattispecie concreta che è stata decisa. Il precedente fornisce una regola che può essere applicata come criterio di decisione nel caso successivo in funzione dell'identità o come accade di regola dell'analogia fra i fatti del primo caso e i fatti del secondo caso. La struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull'analisi dei fatti[51]. In questa ottica, se un tribunale si limitasse ad esprimere pareri od a statuire principi ma non risolvesse una controversia pendente dinanzi a sé, lo stesso perderebbe la sua autorità nell'emettere sentenze vincolanti: di conseguenza, in applicazione della suddetta concezione ortodossa del potere giudiziario la separazione dei poteri e lo stesso Stato di diritto subirebbero un detrimento qualora un tribunale emettesse un *obiter* che, in quanto tale, non è conferente ai fini della risoluzione della controversia e conferisse allo stesso un'efficacia vincolante. Sempre seguendo questa concezione del potere giudiziario, si potrebbe anche affermare che, siccome l'attività dell'autorità giudiziaria si incentra nella risoluzione della controversia che le si presenta dinanzi, un caso è un'autorità solo per ciò che decide e quindi le parti della sentenza che non concorrono alla soluzione definitiva della controversia tra le parti sono prive di forza vincolante. In realtà si può rilevare come nei tempi più recenti la distinzione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum* nel sistema inglese tenda a sfumare in presenza di certe condizioni. A questo proposito si potrebbe in modo non azzardato addirittura sostenere che, sussistendo determinate condizioni, l'*obiter dictum* non esista più nella versione tradizionale in cui eravamo abituati a conoscerlo nell'ordinamento inglese. Infatti, dalla lettura di recenti sentenze pronunciate da taluni giudici inglesi si evince che il carattere vincolante può essere conferito a tutta la sentenza della Corte Suprema nella sua interezza ivi comprese quelle proposizioni che hanno ben poco a che fare con la risoluzione della controversia. Dall'esame di tali sentenze si può arguire che ogni "aspetto" delle decisioni della

[51] Cfr. in tal senso, *inter alios*, D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, pp. 82 ss., pp. 134 ss., pp. 213 ss. e, per la dottrina italiana, M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pp. 709 ss.

Corte Suprema sia vincolante come *ratio* quasi che i tempi siano maturi affinché si possa inaugurare la "stagione" della scomparsa dell'*obiter* nella sua concezione tradizionale[52]. Al fine di dimostrare come i tribunali inglesi siano addivenuti ad offuscare la distinzione tra *obiter dictum* non vincolante e *ratio decidendi* vincolante in riferimento alle pronunce della Corte Suprema può essere illuminante focalizzare l'attenzione sul caso *R v Barton e Booth* deciso da una Corte d'Appello penale il 29 aprile 2020. In pratica in questa occasione la Corte d'appello ha dovuto valutare se fosse vincolata all'affermazione resa in termini di *obiter dictum* contenuta in una sentenza della Corte Suprema o, invece, alla *ratio decidendi* di una delle precedenti sentenze della stessa Corte d'appello. In punto di fatto la Corte d'Appello ha affermato che il test corretto per la *dishonesty* nel diritto penale inglese è ora interamente oggettivo come stabilito in un *obiter dictum* nel caso, deciso nel 2017 dalla Corte Suprema, *Ivey v Genting Casinos*: il test per la *dishonesty* consiste, secondo gli standard delle persone comuni e oneste, nel verificare se la condotta dell'imputato sia stata disonesta indipendentemente dal fatto che l'imputato si sia reso conto che lo fosse secondo tali standard; ciò implica che il test rinvenibile nella *ratio decidendi* della precedente decisione della stessa Corte d'appello del 1982 in *R v Ghosh*, che prevedeva un secondo aspetto soggettivo, non è più applicabile nel diritto penale. Per quanto ci interessa esaminare in questa sede la Corte d'Appello ha affermato quanto segue: "laddove la stessa Corte Suprema stabilisce che una decisione altrimenti vincolante della Corte d'Appello non dovrebbe più essere seguita e propone un test alternativo che dice deve essere adottato, la Corte d'Appello è tenuta a seguire ciò che equivale a un'indicazione della Corte Suprema *anche se si tratta strettamente di obiter. In questa misura limitata le regole ordinarie del precedente (o stare decisis) sono state modificate*"[53]. Il cambiamento in atto contenuto in questa frase appare profondo e sorprend-

[52] In parte si realizza così la profezia di R. Cross, J.W. Harris, *Precedent in english law*, Oxford, 1991, p. 77, secondo i quali «*dicta of the highest degree of persuasiveness may often, for all practical purposes, be indistinguishable from pronouncements which must be treated as ratio decidendi*».

[53] Cfr. *R v. Barton e Booth*, [2020] EWCA Crim 575, paragrafo 104 (con corsivo e con traduzione nostri): al di là del diritto sostanziale in contestazione in *R v Barton*, in questa sede è interessante notare come la Corte d'appello abbia dovuto decidere se applicare l'approccio di lunga data rinvenibile nella precedente decisione della stessa Corte d'appello in *R v Ghosh* [1982] QB 1053 o se seguire una direttiva della Corte suprema resa puramente a titolo di *obiter* da Lord Hughes in *Ivey v Genting Casinos* [2017] UKSC 67 per ignorare *Ghosh*; insomma, la Corte d'appello ha dovuto valutare se fosse vincolata dall'affermazione dell'*obiter dictum* contenuta nella sentenza della Corte Suprema o dalla *ratio decidendi* di una delle sue precedenti sentenze e, in caso affermativo, su quale base e ha optato per il primo corno dell'alternativa senza dunque risolvere il caso sulla base della considerazione che essa era vincolata dalla sentenza in *Ghosh*, soluzione, quest'ultima, che la stessa Corte d'appello ha riconosciuto nel paragrafo 93 della sentenza e che avrebbe prontamente consentito un ricorso affinché la questione venisse rinviata alla Corte suprema per una sentenza definitiva (vale a dire per dare alla Corte suprema l'opportunità di trasformare l'*obiter* di *Ivey* in un rapporto vincolante nel presente caso). In ogni caso nel paragrafo 106 della sentenza si legge quanto segue: "Non vorremmo che si pensasse che stiamo seguendo *Ivey* con riluttanza. Le preoccupazioni su *Ghosh* hanno risuonato nei dibattiti accademici per decenni. Il ragionamento di Lord Hughes è convincente". In dottrina già nel 1978, d'altronde, un autorevole autore poteva osservare che «*and yet it is remarkable how sometimes a* dictum *which is really based on no authority, or perhaps on a fallacious interpretation of authority, acquires a spurious importance and becomes inveterate by sheer repetition in judgements and textbooks*»: così C.K. Allen, *Law in the making*, Oxford, 1978, p. 263, che d'altra parte muoveva dall'osservazione secondo cui «*though it may be true to say that, in strict theory, a judge of the lowest degree ought to disregard a mere* dictum*, even from the most exalted authority, if he considers it to be inessential, yet this is a counsel of perfection and in practice it requires exceptional hardihood for a lower court to brush aside pronouncements of a higher courts being irrelevant*» (p. 262). Sul punto cfr., più recentemente, le interessanti osservazioni di J. Holland, J. Webb, *Learning Legal Rules: A Student's Guide To Legal Method and Reasoning*, Oxford, 2022, pp. 149 ss.

ente tanto che si può parlare, se non di una «profonda scalfitura»[54] della teoria classica del precedente fondata sulla distinzione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, quanto meno di una vera e propria correzione della regola dello *stare decisis* nei termini in cui essa finora è stata conosciuta ed insegnata. Nella misura in cui il caso *R v Barton e Booth* azzera la distinzione fondamentale tra *obiter* non vincolante e *ratio* vincolante, la teoria ortodossa della funzione e della legittimità giudiziaria sopra esposta risulta accantonata ed è accolta una nuova concezione della legittimità giudiziaria in virtù della quale le parti vincolanti delle sentenze dei tribunali apicali possono essere anche quelle che non si ricollegano alla risoluzione delle controversie che costituiscono il contesto delle stesse sentenze. Le osservazioni rese a titolo di *obiter dictum* non sono ovviamente rare: spesso, anzi, esse contengono analisi utili che i giudici successivi possono considerare e soppesare. Tuttavia, elevare le osservazioni rese a titolo di *obiter dictum* allo *status* di autorità vincolante è davvero un passo significativo. Del resto, è vero che già nel 1964 nel caso *Hedley Byrne & Co Ltd contro Heller and Partners Ltd* la Camera dei Lord aveva potuto affermare che *«se cinque membri della Camera dei Lord hanno tutti affermato, dopo un attento esame delle autorità, che esiste un certo tipo di illecito civile, penso che il giudice di primo grado dovrebbe procedere sulla base della sua esistenza, senza soffermarsi ad esaminare se quanto detto fosse necessario per la decisione definitiva»*[55]. Ancora, è significativo il caso *Re Spectrum Plus Ltd* del 2005[56] in cui la *House of Lords* ha discusso la possibilità di applicare una nuova interpretazione della legge in modo *prospective only*: anche se tale discussione è stata considerata un *obiter dictum*, la sua rilevanza pratica ha condotto alla sua adozione come precedente vincolante nei casi successivi. Ma il passo compiuto in *R v Barton e Booth*, consistente nel conferire una capacità di vincolo all'*obiter*, è veramente molto lungo anche se certamente sarà fondamentale assodare se tale passo così lungo verrà effettuato, o meno, anche in seguito. È un dato di fatto, però, che la Corte Suprema abbia potuto rilevare in più occasioni – fra le quali spiccano, ad es., nel 2019 il caso *Miller v Prime Minister*[57] e nel 2023 il caso *Jalla & Anor v Shell International Trading and Shipping Co Ltd & Anor*[58] – che il vincolo vero e proprio deriva dalla *ratio decidendi* e che i giudici possono – e dunque non sono vincolati a – prendere in considerazione gli *obiter dicta* per orientarsi. Si può interpretare la conclusione raggiunta dalla Corte d'Appello penale in *R v Barton e Booth* nel senso che la stessa ha valutato come talmente convincenti le affermazioni rese sia pure a titolo di *obiter* dalla Corte Suprema in *Ivey* da addivenire a considerarle come "di fatto" vincolanti. Quindi nei casi, pur rari, in cui il giudice si trovi di fronte ad un *obiter* particolarmente persuasivo e influente questo può assumere un peso notevole tale da assumere carattere vincolante: la regola generale rappresentata dalla linea giurisprudenziale rigorosa tenuta dalla Corte Suprema, secondo cui l'*obiter* non ha valore strettamente vincolante, non viene violata, ma soffre soltanto un'eccezione in questi rari casi appena considerati. Pertanto, nella misura in cui si presentino tali casi nell'ordinamento inglese si assiste ad una parificazione fra *ratio* e *obiter* in ordine alle pronunce della Corte Suprema e questo analogamente a quanto accade nell'ordinamento italiano per le pronunce della Corte costituzionale.

[54] L'espressione è presa a prestito da U. Mattei, E. Ariano, *Il modello di common law*, Torino, 2018, p. 196.
[55] [1964] AC 465 (HL), con corsivo nostro. Il Nema [1980] QB 547 è un altro caso in cui la Camera dei Lord ha stabilito delle linee guida che erano rigorosamente *obiter*, ma dovevano essere seguite.
[56] [2005] UKHL 41.
[57] [2019] UKSC 41.
[58] [2023] UKSC 16.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-B91

costituzionalismo britannico e irlandese

Devoluzione e governo locale

Fiscal devolution and the Barnett formula

Francisco Javier Romero Caro
Senior Researcher
Institute for Comparative Federalism, Eurac Research

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

FISCAL DEVOLUTION AND THE BARNETT FORMULA*

di FRANCISCO JAVIER ROMERO CARO**

ABSTRACT (ITA): Il sistema di finanziamento territoriale del Regno Unito è una componente cruciale del sistema finanziario del Paese, concepito per ripartire la spesa pubblica tra le diverse nazioni che lo compongono. Questo articolo si propone di fornire un'analisi completa della *Barnett formula*, delle sue origini, della sua evoluzione e dei vari elementi che costituiscono il sistema di finanziamento territoriale del Regno Unito. L'obiettivo è comprendere il funzionamento della formula, il suo impatto sulle amministrazioni decentrate e le sfide e le opportunità che essa presenta.

ABSTRACT (ENG): The United Kingdom's territorial funding arrangement is a crucial component of the country's financial system, designed to allocate public spending among the different nations that make up the UK. This article aims to provide a comprehensive analysis of the "Barnett formula", its origins, evolution, and the various elements that constitute the UK's territorial funding arrangement. The objective is to understand how the formula operates, its impact on the devolved administrations, and the challenges and opportunities it presents.

PAROLE CHIAVE: devoluzione fiscale, *Barnett formula*, Scozia.

KEYWORDS: fiscal devolution, Barnett formula, Scotland.

SOMMARIO: 1. Introduction; 2. Origins and evolution; 3. The formula: aim, rationale and practical consequences; 4. Intergovernmental financial relations and dispute resolution: past and present challegnes; 5. Review and update; 6. Concluding remarks.

1. Introduction.

The territorial question has been a persistent topic in the history of the United Kingdom. Although traditionally a unitary state, the various nations within the UK have, to varying extents, expressed aspirations for self-government over time. The United Kingdom's territorial structure traces its roots to the 1707 union of the English and Scottish Parliaments, formalized through the Acts of Union, which established the United Kingdom of Great Britain. Ireland's independence in 1916, following the collapse of Home Rule, along with the gradual decline of the colonial empire, played a crucial role in shaping the modern framework (Kendle 1997). This structure underwent significant change in 1999 with the introduction of devolution for Scotland, Wales, and Northern Ireland. Devolution implies the transfer to a subordinate elected body on a geographical basis, of functions exercised by the British Parliament (Bogdanor 1979, 2). These functions can be both legislative and executive. Although its origin dates back to the Gladstone era, the modern version of the policy has been used as a technique to deal with Scottish, Welsh and Irish nationalism in the hope that it will lead to better government in these territories and defuse separatist or nationalist feeling (Bogdanor 1979, 4). Devolution resulted in the establishment of new constitutional relationships between the different parts of the United Kingdom, imposing limitations on the sovereignty of Parliament fostering intergovernmental

* This contribution has undergone a double blind peer review process.

**Senior Researcher at the Institute for Comparative Federalism at Eurac Research, Bolzano/Bozen.

cooperation (Bogdanor 2009, 111-119). The success of devolution, if it can be considered as such, cannot be understood without the financial element that underlies it. Ensuring that devolved administrations have enough resources to finance their powers have been a key and contentious element that has marked the evolution of the UK territorial constitution. The funding of the devolved governments is governed by the "Barnett formula". Introduced in 1978 as a temporary method for allocating funds among executive departments managing affairs in Scotland, Wales and Northern Ireland, the formula has persisted and gained significant importance with devolution (Bogdanor 1999, 249-250). It was aimed at preventing internal disputes among government ministers over changes in public expenditure, reinforcing the principles of unity, solidarity, and equality among the three nations in line with the UK's traditional unitary framework (Heald 1980, 12). Its endurance can be attributed to its simplicity and the shared recognition of the need to ensure sufficient funding for devolved administrations. This article examines the origins, mechanics, and implications of the "Barnett formula". It explores the formula's objectives, its rationale, and the practical consequences of its application, including its role in adjusting the budgets of devolved administrations in response to changes in UK government spending. It explores the role of intergovernmental financial relations, emphasizing the role of the British Treasury in managing the UK block grant while discussing both historical and contemporary challenges. Further, it highlights the difficulties devolved administrations face at elaborating their budgets, particularly in long-term financial planning as they are dependent of the spending reviews of the UK government.

2. Origins and evolution.

Disputes over the allocation of financial resources across nations existed even before the introduction of devolution. In fact, this was already an issue in the 19th century, leading to then Chancellor of the Exchequer George Goschen to develop a mechanism to calculate funding for services in Scotland and Ireland in relation to England and Wales in 1888. The so-called "Goschen formula" allocated the funds based on population, with a distribution of 80 (England and Wales), 11 (Scotland) and 9 (Ireland) (House of Lords 2009, 19). The second half of the 20th century witnessed the birth of a new mechanism that, although ignored at the time by its creator, would be forever associated with a the most relevant development in the UK territorial constitution: devolution. The "Barnett formula" was designed in 1978 by Joel Barnett, Chief Secretary to the Treasury. It was conceived as a temporary solution to allocate public spending to Scotland within the UK government, that would bring convergence in per capita spending across the UK over time (Heald 1980, 12). The formula was extended to Northern Ireland in 1979 and to Wales in 1980. However, despite its temporary nature, the "Barnett formula" has remained in place and gained significant importance with the process of devolution (Rutherford 2013, 39). The "Barnett formula" is a mechanism used to calculate changes in public spending allocated to the devolved administrations of Scotland, Wales, and Northern Ireland. It operates on the principle that any change in public spending in England on devolved functions leads to a

corresponding change in the budgets of the devolved administrations. The formula is defined as follows:

Change in the devolved budget = Change in UK government spending x Comparability percentage x Population share

The comparability percentage reflects the extent to which a policy area is devolved, a circumstance that might change from nation to nation as devolution can be asymmetrical. It ranges from 100% for fully devolved areas (like health and education) to 0% for areas solely managed by the UK government (such as defense and foreign affairs). The population share of each devolved nation is determined annually by the Office for National Statistics in relation to England (HM Treasury 2021, 43). Since its introduction, the "Barnett formula" has undergone several modifications, particularly with the implementation of devolution in 1999. Despite calls for its replacement with a more sophisticated allocation model, the "Barnett formula" has persisted due to its simplicity and the political convenience it offers (Heald 2020, 522).

3. The formula: aim, rationale and practical consequences.

The "Barnett formula" is a policy of the British government, set out in an internal document of the Treasury known as the Statement of Funding Policy. Hence, it is not legally entrenched in any legal statute. This means that the British government can change the allocation system at any time without consulting the devolved administrations or securing parliamentary approval (Keep 2025, 12). The UK government finances devolution through a block grant system. These grants are revised each year using the "Barnett formula", which takes into account the population size of each nation and a comparability index reflecting the degree to which a policy area is devolved (Heald 2020, 522). The purpose of the formula is to guarantee that funding adjustments are applied equally per capita across all devolved governments. The total funds distributed to the devolved administrations by the UK government are determined indirectly within the national budget, depending on expenditure levels set for England (Edmonds 2001, 9-12). As a result, when spending in England rises, the devolved governments receive larger transfers, whereas reductions in English spending lead to decreased funding for the devolved administrations. These adjustments to the block grant of the devolved administrations are typically referred to as "Barnett consequentials" (Keep 2025, 10). This model grants the British executive considerable flexibility to respond to economic shocks and maintain macroeconomic stability, though it does so at the cost of subnational government finances. Nevertheless, the formula-based approach reduces uncertainty within the system, as devolved administrations can anticipate adjustments to their block grants once Whitehall announces the budget. The funding of devolution relies on a block grant system, where the British government distributes resources from its general revenue. However, not all financial transfers to devolved administrations are governed by the "Barnett formula", as it does not factor in expenditures on areas like welfare (Bell 2015, 211). Rather than determining the total funding, the "Barnett formula" establishes how spending adjustments for Scotland,

Wales, and Northern Ireland are calculated based on previous allocations. The initial block grant levels, including per capita spending, were set in 1979 and have since been adjusted in response to changes in England's expenditure. Additionally, modifications have been made over time to account for the transfer of new fiscal powers and welfare responsibilities to the devolved governments (Keep 2025, 21-22).

Because Scotland and Wales lagged behind England economically, the initial block grant allocated them a disproportionately high level of public funding relative to their population sizes (Barnett 2000, 70). This led to significantly higher per capita spending in these nations compared to England. In 1979, for instance, Scotland's per capita public expenditure was 22% greater than that of England (House of Lords 2009, 21). These disparities were originally expected to be temporary, as the formula was designed to gradually bring per capita spending on comparable devolved services closer together across all four nations (Bell 2015, 210). Since the devolved nations already received more funding per capita, uniform increases resulted in smaller percentage gains for them, progressively reducing the spending gap a process commonly referred to as the Barnett squeeze. Over time, this mechanism is intended to ensure that new public funding is distributed equally across the four nations, eventually leading to full alignment in resources for comparable devolved services. The anticipated pace of convergence has proven to be slower in practice. Several factors contribute to this slow process. Firstly, the formula does not account for different population growth rates (Heald 2020, 523). Although it adjusts spending variations based on the population share of each devolved nation, the baseline – the block grant – remains unchanged. Since the first block grant translated into surplus per capita spending for the devolved administrations, higher spending levels in Scotland and Northern Ireland – and to a lesser extent in Wales – compared to England were embedded into the system. Additionally, as England's population continues to grow steadily, Scotland's population share has decreased, further slowing down convergence (Cuthbert 2020, 435-437). Secondly, convergence only occurs when spending in England increases. If it decreases, as seen during austerity periods, convergence is reversed, widening the per capita spending gap between England and the devolved nations (Paun, Cheung, and Nicholson 2021, 15). Moreover, formula-bypasses also hinder convergence. These are adjustments to the block grant made outside the scope of the "Barnett formula" and thus do not result in "Barnett consequentials". Examples include spending on the London Olympics or increased funding to Northern Ireland as part of a 2017 Confidence and Supply agreement between the Conservative Party and the Democratic Unionist Party. The Barnett system focuses only on revenue capacity without incorporating any assessment of expenditure needs. This was a deliberate decision aiming at simplicity as the system was intended to be a "stopgap until a needs-based system came into operation" (Barnett 2000, 69). Despite the passage of time and multiple rounds of devolution, the formula has persisted without addressing the spending needs of these territories. Consequently, the Barnett system has kept per capita spending in the devolved nations higher than in England, causing dissatisfaction among

English politicians who view it as inequitable, including Barnett himself[1]. This has been particularly the case in relation to Scotland, which enjoys markedly higher public spending than England, despite being close to the UK average in terms of economic output per person (Paun, Cheung and Nicholson 2021, 20). The discontent does not primarily stem from Scotland receiving more funding per person, but rather from the belief that this amount surpasses what it actually requires. This view relies on various evaluations conducted by the Treasury over time. While these analyses acknowledged that factors like geography and socio-economic conditions create higher demands in the devolved nations compared to England, they also determined that Scotland, Wales, and Northern Ireland receive excess funding relative to similar needs in England (Paun, Cheung, and Nicholson 2021, 17). A 2009 House of Lords study further highlighted this, noting Scotland's funding exceeded its needs by the widest margin (18 percentage points), with Wales (10 points) and Northern Ireland (5 points) following behind (House of Lords 2009). Ongoing debates about reforming or discarding the "Barnett formula" to incorporate needs-based standards have been fueled by perceptions of unfairness. In 2019, the Holtham Commission, established by the Welsh Government to explore devolution funding, presented one of the most thorough proposals for change. Replacing the Barnett system with a needs-driven formula was recommended in their report, which highlighted how Wales' greater public service funding needs, compared to England, are ignored by the current framework (Independent Commission on Funding & Finance for Wales 2010, 16-29). Six variables – children's population, elderly numbers, ethnic diversity, income poverty levels, health issues prevalence, and population sparsity – were suggested by the commission as proxies to evaluate public service requirements and justify higher funding allocations (Independent Commission on Funding & Finance for Wales 2010, 20). Since the mid-20th century, public spending levels in Scotland, Wales, and Northern Ireland have consistently outpaced those in England, a disparity upheld by the "Barnett formula." Designed in theory to eventually align spending with England, the anticipated "Barnett squeeze" has yet to occur. As a result, the formula's real-world effect has enabled the devolved nations to sustain higher per capita spending than England, with no immediate prospect of the dreaded squeeze emerging. The British government declined to swap out the "Barnett formula," yet the UK leadership consented to weave in a needs-based element dubbed the "funding floor" to ease worries about potential underfunding tied to convergence. Ensuring devolved spending allocations from the formula do not dip below 115% of England's per capita spending on comparable services, this floor caps the convergence impact at that level. For now, a temporary 105% factor holds as long as per-head funding for the Welsh Government exceeds 115%, per the 2016 agreement between the Welsh and British authorities (Paun, Cheung, and Nicholson 2021, 20). Yet, preserving this spending gap between England and the devolved nations stirs political controversy. Not only does it leave England relatively underfunded, but it also

[1] See Barnett's fierce criticism of his own creation in an article published in the Daily Mail the 21 September 2014:https://www.dailymail.co.uk/debate/article-2763744/I-demand-shamefully-unfair-Barnett-Formula-scrapped-LORD-BARNETT-architect-hated-subsidy-Scotland.html

ignores varying needs across English regions. Research from the Institute of Government reveals stark internal disparities in England: northern regions and the Midlands lag in funding, while London enjoys disproportionately high per-person spending (Paun, Cheung, and Nicholson 2021, 20). This imbalance, paired with stalled convergence – especially in England's most deprived areas – could heighten regional tensions and spark resentment toward the Barnett system. Such concerns are not new; as early as the late 1970s, during initial devolution talks, an English backlash over spending differences was flagged as a risk (Heald 1980, 11). One remedy might involve adopting a needs-based model or splitting England into regions, mirroring London's 1998 devolution path. However, the former seems politically unfeasible due to potential outrage in devolved nations especially Scotland, where it could fuel secessionist arguments while the latter lost traction after the 2004 North East England devolution referendum failed. Funding for devolved administrations in Scotland, Wales, and Northern Ireland comes with no strings attached, unlike the strict oversight the British government imposes on local and health authority spending in England, which must align closely with UK priorities (McLean and McMillan 2003, 47). This freedom allows Edinburgh, Cardiff, and Belfast to decide independently how to use their block grants, unbound by minimum service standards or Whitehall's choices (Bell 2015, 211). While "Barnett consequentials" tie grant increases or cuts to England's spending shifts, devolved leaders can redirect these funds or savings as they see fit, a flexibility seen as a key strength of the formula (Edmonds 2001, 13). For example, extra health spending in England does not force devolved governments to follow suit; they could instead lower taxes or build surpluses, though demand-driven spending often limits such options in practice (Edmonds 2001, 10). Legally, this lack of conditionality holds firm, but politically, it's less clear-cut. Justifying service underfunding to voters would be tough if London's transfers remain steady. Conversely, if England cuts spending, devolved leaders can pin their own reductions on the central government, framing them as fallout from the Barnett system. Scotland's unconditional overfunding, in particular, lets the UK tout it as a Union perk, aiming to bolster Scots' loyalty to the broader UK project and counter independence movements.

4. Intergovernmental financial relations and dispute resolution: past and present challenges.

Responsibility for managing the UK block grant falls solely to the British government, woven into its broader economic and fiscal powers. The British Treasury oversees setting the allocation rules – currently guided by the "Barnett formula" – and channels funds to the devolved nations to support their devolved responsibilities. This setup means that spending in Scotland, Wales, and Northern Ireland hinges on how effectively English ministers advocate for the devolved administrations during budget planning. Such collaboration stems from the deep trust embedded across the UK, extending beyond devolution transfers to include other UK government grants, like those for welfare or public sector pensions, which fall outside the Barnett framework and are hashed out through

negotiations between London and the devolved governments (Keep 2025, 5-7). Discussions and negotiations on financial issues between the UK government and devolved administrations have historically centered on the Finance Ministers Quadrilateral, an intergovernmental body where the Chief Secretary to the Treasury convenes with devolved finance ministers to tackle devolution funding (Gallagher 2012, 201). Yet, this forum has been hampered by the UK's fragile intergovernmental framework, lacking formal structure and meeting irregularly, often at the mercy of political climates and the British government's discretion. Recent reforms to the UK's intergovernmental system have tackled some of these weaknesses (Anderson and Schnabel 2022), leading to the establishment of the Finance: Interministerial Standing Committee (F:ISC). Scheduled to meet quarterly, the F:ISC aims to assess how economic and financial issues impact the UK[2]. While it is premature to judge its impact, signs point to the Treasury retaining its dominant position, reinforcing the centralized control over devolution funding (McEwen 2022). This persists despite ongoing grievances from devolved administrations – particularly Scotland – whose calls for change often seem to fall on deaf ears at the Treasury, a trend likely to endure. A 2009 House of Lords report proposed establishing an independent, arm's-length agency modeled on Australia's system to address this gap in intergovernmental collaboration (House of Lords 2009, paras. 72-76). This body would oversee and review Treasury decisions on the "Barnett formula," including whether specific spending initiatives trigger "Barnett consequentials" for devolved nations. While this approach could strip away much of the political influence from these choices, the UK government's unwillingness to cede control makes it an improbable fix in reality. The Institute of Government offers a more practical alternative: assigning the National Audit Office or the Office for Budget Responsibility to "produce yearly reports detailing how devolved budget changes are determined, spotlighting subjective calls on whether programs warrant "Barnett consequentials" or highlighting disputes over rule application" (Paun, Cheung, and Nicholson 2021, 38). Despite this suggestion, no steps have been taken toward implementation, and movement in the near term seems doubtful. Intergovernmental cooperation in the UK, though typically weak and informal, ramped up in financial affairs following the pandemic, with more frequent meetings and enhanced information sharing (Guderjan 2023, 84-90). The health crisis prompted devolved administrations to push for extra funding to roll out their response plans, unwilling to wait for "Barnett consequentials" tied to England's spending timeline. They argued that uncertainty over additional allocations – exacerbated by the British government's shifting decisions – hampered efficient planning. For instance, some initially promised "Barnett consequentials" vanished when the UK opted to shuffle existing budgets rather than inject new funds, a move that left devolved nations short of anticipated resources (Hudson 2020). Since the "Barnett formula" only kicks in for spending increases or cuts – not internal fund reallocations – these shifts didn't trigger the expected payouts. To tackle these grievances, the Treasury

[2] Terms of Reference for the Finance Interministerial Standing Committee paras 2 and 6.

rolled out a bold fix: an "unprecedented upfront guarantee" (HM Treasury 2020). This move locked in a baseline of coronavirus-related funding for devolved administrations, offering budget certainty and flexibility regardless of England's actual spending (HM Treasury 2020). Though a departure from the norm, this step underscores a growing cooperative streak in the UK system, fueled by strong mutual trust. This can be considered as another sign that the Treasury, despite its centralized grip, is increasingly attuned to devolved demands, helping to offset the divisive risks of a top-down structure. Adjusting the block grant to account for newly devolved tax powers or welfare duties stands out as a particularly intricate and contentious part of the system's management. Known as block grant adjustments (BGA), these tweaks aim to keep both the UK government and devolved administrations financially neutral after fiscal powers shift (Keep 2025, 21). When welfare responsibilities move to a devolved body, increasing its spending needs, the block grant rises; conversely, it shrinks when tax powers are handed over, reflecting the devolved administration's boosted revenue capacity. Beyond these initial base-year shifts, the BGA requires annual indexing to factor in elements like inflation or economic growth, preventing imbalances that might strain either the UK government or the devolved entity. The technical approach for these adjustments gets hashed out between the UK executive and the relevant nation through fiscal framework agreement[3]. Scotland's block grant adjustments (BGA) gained prominence after the 2017 partial devolution of income tax, with the Fiscal Framework introducing safeguards to shield the Scottish Government's funding levels from shifts in population growth relative to the rest of the UK[4]. Through this framework, the UK and Scottish governments settled on a method to tweak the block grant to account for tax and welfare power transfer changes. These talks are rarely straightforward, blending technical intricacy with hefty political stakes. As a result, the agreed approach was set as a temporary fix, slated for reassessment by an independent commission after the 2020 UK and 2021 Scottish Parliament elections[5]. The commission's findings guided a renewed joint pact between the UK and Scottish governments[6] in 2023, highlighting yet again how devolved nations help mold financial ties with the UK through intergovernmental dialogue[7]. Though the "Barnett formula" was designed as a simple, clear-cut way to distribute spending across the three nations, disputes have still emerged. These conflicts split into two key issues. First, tensions arise from how the Treasury assigns territorial scope to spending decisions, since this directly shapes how the formula is applied. For example, labeling a program "UK-wide" means no "Barnett consequentials" flow to devolved budgets. If the devolved administrations view that spending as disproportionately

[3] See The agreement between the Scottish government and the United Kingdom government on the Scottish government's fiscal framework, 25 February 2016 and The agreement between the Welsh government and the UK government on the Welsh government's fiscal framework.
[4] The agreement between the Scottish government and the United Kingdom government on the Scottish government's fiscal framework, 25 February 2016, paras. 17 and 19.
[5] *Ibid.*, para. 22.
[6] *Ibid.*, para. 23.
[7] The agreement between the Scottish Government and the United Kingdom Government on the Scottish Government's fiscal framework, August 2023.

focused on one area, frustration often follows. Similarly, problems crop up when spending is tagged as covering England and Wales – due to a non-devolved issue in Wales – but ends up entirely in England. The Welsh Government finds this unjust, as it triggers "Barnett consequentials" for Scotland and Northern Ireland, yet leaves Wales empty-handed. Disputes have surfaced over how the Treasury interprets and applies the "Barnett formula," sparking friction with devolved administrations. When such clashes occur, the Treasury refers to the Statement of Funding Policy, pledging to review the matter and reply to the devolved body if there's a belief that the outlined principles have been breached (HM Treasury 2021, 8). Yet, this process aligns with the Treasury's standard dealings with UK departments (HM Treasury 2020, 8), leaving it with ultimate authority effectively serving as both arbiter and decision-maker. This stems from the Treasury's stance that funding policy and UK-wide public spending allocation fall outside devolved powers, resting firmly under the UK Government's control (HM Treasury 2021, 8). One of the most glaring disputes erupted when the Treasury labeled all spending for the London 2012 Olympics as UK-wide, sidelining it from the "Barnett formula" and blocking any "Barnett consequentials." This included funds for East London's regeneration and transport links, which devolved nations argued would have triggered consequentials if executed outside the Olympic context (Keep 2025, 12). In response, they lodged a formal dispute under the 2013 Memorandum of Understanding (MoU) and Supplementary Agreements between the UK Government, Scottish Ministers, Welsh Ministers, and Northern Ireland Executive[8]. The MoU established the Joint Ministerial Committee (JMC) to handle unresolved disputes, convening ministers from all sides – chaired by a neutral UK minister – to seek resolution, with provisions for independent analysis if needed (Paun, Cheung, and Nicholson 2021, 22). After multiple rounds of talks, a deal emerged: the devolved administrations secured £30.2 million in "Barnett consequentials" (£16 million for Scotland, £8.9 million for Wales, £5.4 million for Northern Ireland) for Olympic-related spending post-2010 (Cabinet Office, 2011). That contrasts with a 2020 complain by the Welsh Government over the Treasury's classification of a high-speed rail project as spending in England and Wales. Cardiff protested that, despite no benefit to Wales – since the line sits entirely in England – it generated "Barnett consequentials" for Scotland and Northern Ireland but not for Wales. The Treasury held firm, arguing rail infrastructure is not devolved to Wales, so it could not be tagged as England-only. This clashed with a 2015 precedent where a similar project was deemed England-specific, fueling Welsh outrage and reinforcing claims of the Treasury's arbitrary sway over the block grant system, acting as judge and jury (Trench 2010). A second friction point has emerged in Scotland due to devolution of income tax powers. Disputes here typically tie to the fiscal framework, which governs block grant adjustments (BGA) but not broader Treasury calls on "Barnett consequentials." The framework outlines a tiered resolution: officials first attempt a working-level fix[9]; if that fails,

[8] Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements, arts. 24 and 26.
[9] The agreement between the Scottish government and the United Kingdom government on the Scottish government's fiscal framework, 25 February 2016, para 99.

Ministers step in for talks. Persistent deadlock pauses the disputed funds – no action proceeds until resolved[10] – while both sides seek technical input to break the impasse[11]. If no deal is reached, the dispute is considered as rejected with no transfer being made[12], nudging Scotland toward compromise under Treasury dominance. Either party can escalate to the Finance: Interministerial Standing Committee (F:ISC), which superseded the MoU's dispute protocol, though its practical impact remains untested. Court challenges offer another route, but the "Barnett formula's" lack of legal entrenchment makes a UK Supreme Court case unlikely. Even with the Court's perceived neutrality – or slight pro-devolution lean – such disputes aren't enforceable legally, mirroring trends in Canada and Australia where similar issues rarely reach high courts. While the British system has established various mechanisms for resolving disputes through intergovernmental cooperation, their effectiveness ultimately depends on the Treasury's willingness to seek a mutually acceptable solution. This is because the existing framework grants the UK government the authority to settle disputes in which it is directly involved, without being required to fully justify decisions such as whether a particular spending commitment triggers additional funding for devolved administrations (Paun, Cheung, and Nicholson 2021, 38). Historically, the Treasury has demonstrated some responsiveness to the concerns of devolved governments, as seen in the case of the Olympics. Likewise, fiscal cooperation has helped address disputes over Block Grant Adjustments, particularly when UK policy changes – such as increasing the personal allowance – reduce Scotland's tax revenue due to spillover effects. However, political dynamics continue to shape these interactions, with the Treasury maintaining unilateral decision-making power, as evidenced by the dispute over Wales' exclusion from high-speed rail funding.

5. Review and update.

Although the "Barnett formula" is aimed at achieving convergence in per capita spending across the UK, this does not mean that it would cease to exist in case this circumstance would materialize. In fact, there is no formal obligation for the Treasury to revise the formula or to consult eventual changes with the devolved governments. Despite the absence of formal requirements for periodic reviews, the Treasury still carries out evaluations to assess how funding is allocated. As mentioned earlier, HM Treasury oversees this process through the Statement of Funding Policy, which is periodically updated during spending reviews. These reviews determine how the UK government distributes total expenditure across departments (Keep 2025, 6). Conducted on a multi-year basis, they follow no fixed schedule. For example, the 2021 review set departmental budgets up to 2024/2025, marking the first multi-year spending review since 2015 (Harari et al. 2021, 4). Spending reviews significantly influence the budgets of devolved administrations, as the "Barnett formula" calculates changes to block grants based on adjustments in UK government

[10] *Ibid.*, para 100.
[11] *Ibid.*, para 102.
[12] *Ibid.*, para 103.

department spending. Consequently, the timing of these reviews is critical, as decisions made at the UK level directly shape the budget planning process for devolved administrations, which rely on knowing the "Barnett consequentials" to establish their spending limits. The devolved administrations view the typical two-to-four-year duration of spending reviews as advantageous, as it provides a measure of stability for planning their medium-term expenditures. Nevertheless, despite the multi-annual structure of these reviews, it is not uncommon for the UK Government to amend the allocations designated for specific departments – referred to as departmental expenditure limits – during other fiscal events, such as the annual budget or subsequent budgetary revisions. These alterations place the devolved governments in a challenging position, given that their budgets are contingent upon these modifications, which directly influence the overall funding available. Furthermore, the lack of transparency from the UK Government when announcing new spending initiatives exacerbates the difficulties faced by devolved administrations in forecasting their budgets. The precise "Barnett consequentials" stemming from such announcements remain unclear, as the Treasury's internal computations are seldom disclosed prior to the subsequent UK budget (Hudson, 2020). Consequently, the devolved administrations are often compelled to defer finalizing their budgets until the UK Government has confirmed its own, thereby ensuring clarity regarding the financial resources they will receive from London for the forthcoming fiscal year.

numero 1/2024

6. Concluding remarks.

The "Barnett formula" has played a significant role in the UK's territorial funding arrangement since its introduction in 1978. Despite its temporary nature, it has remained in place due to its simplicity and political convenience. The formula has facilitated elevated public expenditure in Scotland, Wales, and Northern Ireland beyond what their population sizes might warrant, thereby bolstering the fiscal resilience of these devolved administrations (House of Lords 2009, 21). Although it was anticipated that per capita spending would gradually align across the UK, this convergence has proceeded at a far slower pace than projected, allowing the devolved administrations to sustain higher per capita spending levels compared to England, to their advantage (Heald 2020 523). Additionally, the "Barnett consequentials" provide unconditional funding, granting the devolved administrations complete discretion over its allocation (Edmonds 2001 13). Thus, the Barnett system allows room for the UK government to use it to increase loyalties towards London, as shown by the different formula-bypasses carried out in recent years or the introduction of a funding floor in relation to Wales (Independent Commission on Funding & Finance for Wales 2010, 20). The flexibility that Barnett entails has fostered the cultivation of a sense of belonging to the common polity of the UK at the expense of creating some resentment in England (Romero Caro 2024, 309). This dynamic is especially pronounced in Scotland, where the UK Government leverages the region's overfunding to underscore the fiscal benefits of union membership-benefits that would likely dissipate in the event of secession, potentially destabilizing Scotland's finances (McLean 2012, 647). Unsurprisingly, the Scottish

Government has consistently opposed transitioning to a needs-based funding model, which would diminish Scotland's per capita allocation (Paun, Cheung, & Nicholson 2021, 17). The management of the funding system by the British Treasury remains a highly contentious aspect, given its dual role as both arbiter and decision-maker in disputes (Keep 2025, 12). Nevertheless, tensions have been largely mitigated by a well-established practice of engaging with devolved administrations on matters pertaining to the Statement of Funding Policy (HM Treasury 2021, 8). Recent developments have further solidified this collaboration, notably through the establishment of intergovernmental entities such as the F:ISC (Anderson and Schnabel 2022). The COVID-19 pandemic has acted as a catalyst, intensifying financial coordination and prompting the introduction of innovative mechanisms to secure funding for devolved administrations (HM Treasury, 2020). This heightened cooperation has also encompassed block grant adjustments arising from the devolution of additional fiscal powers to Scotland, where effective advocacy by the Scottish Government has ensured that potential adverse impacts on its public finances are averted[13]. The "Barnett formula" has proven far more enduring than originally anticipated, transcending its intended provisional status as a funding allocation mechanism among the UK's nations (Barnett, 2000, 69). As territorial autonomy has incrementally evolved, the formula has emerged as a foundational pillar of devolution, transforming financial arrangements into a means of reconciling diversity and preserving national unity. It achieves this by ensuring elevated per capita spending for the devolved nations relative to England, while simultaneously moderating funding disputes (Heald 2020, 523). Nonetheless, the system exhibits potential for refinement, particularly in enhancing the involvement of devolved governments in its administration (Paun, Cheung, & Nicholson 2021, 38). The recently reformed UK intergovernmental relations framework presents a promising avenue for such progress, though it remains uncertain whether the Treasury will cede its dominant role and adopt a more collaborative stance with the devolved administrations (McEwen 2022).

REFERENCES

ANDERSON P., SCHNABEL J., *Review of intergovernmental relations: the new interministerial structures are a step in the right direction*, in *LSE Blog*, 21 January 2022, available at: https://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/intergovernmental-relations-review/
BARNETT L., *The Barnett formula. How a temporary expedient became permanent*, in *New Economy*, vol. 7, n. 2, 2000, pp. 69-70.
BELL D., *Territorial Finance and the Future of Barnett*, in *The Political Quarterly*, vol. 86, n. 2, 2015, pp. 210-211.
BOGDANOR V., *Devolution in the United Kingdom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 249-250.
BOGDANOR V., *The English Constitution and Devolution*, in *The Political Quarterly*, vol. 50, n. 1, 1979, pp. 2-4.
BOGDANOR V., *The new British constitution*, Bloomsbury Publishing, 2009, pp. 111-119.
CABINET OFFICE, *JMC agreement on 2012 Olympics consequential funding*, 22 December 2011, available at: https://www.gov.uk/government/news/jmc-agreement-on-2012-olympics-consequential-funding

[13] The Agreement Between the Scottish Government and the United Kingdom Government on the Scottish Government's Fiscal Framework, 25 February 2016.

CUTHBERT J.R., *Ambiguous no more: Time to de-mystify the Barnett Formula*, in *Scottish Affairs*, n. 29, issue 3, 2020, pp. 435–437.
EDMONDS T., *The Barnett formula*, Research paper 01/108, London, House of Commons Library, 2001, pp. 10-13.
GALLAGHER J., *Intergovernmental Relations in the UK: Co-operation, Competition and Constitutional Change*, in *British Journal of Politics and International Relations*, vol. 14, n. 2, 2012, p. 201.
GUDERJAN M., *Intergovernmental Relations in the UK: Cooperation and Conflict in a Devolved Unitary State*, 1st ed., London, Routledge, 2023, pp. 84-90.
HARARI D., BOOTH L., BRIEN P., KEEP M., *Autumn Budget and Spending Review 2021: A summary*, London, House of Commons Library, 2021, p. 4.
HEALD D., *Territorial Equity and Public Finances: Concepts and Confusion,* in *Studies in Public Policy*, n. 75, University of Strathclyde, Glasgow, 1980, pp. 11-12.
HEALD D., *The politics of Scotland's public finances*, in Keating, M. (ed.), *The Oxford Handbook of Scottish Politics,* Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 522-523.
HM TREASURY, *Scotland, Wales and Northern Ireland receive additional coronavirus funding guarantee from UK Government*, 24 July 2020, available at: https://www.gov.uk/government/news/scotland-wales-and-northern-ireland-receive-additional-coronavirus-funding-guarantee-from-uk-government
HM TREASURY, *Statement of funding policy: Funding the Scottish Government, Welsh Government and Northern Ireland Executive*, London, 2020.
HM TREASURY, *Statement of funding policy: Funding the Scottish Government, Welsh Government and Northern Ireland Executive*, London, 2021.
HOUSE OF LORDS, *Select Committee on the Barnett Formula - First Report: The Barnett Formula*, 1st Report of Session 2008–09, HL Paper 139, London, 2009.
HUDSON N., *COVID-19 Barnett funding: £7.2 billion for Scotland now guaranteed*, in *SPICe Spotlight*, 2020, available at: https://spice-spotlight.scot/2020/10/14/covid-19-barnett-funding-7-2-billion-for-scotland-now-guaranteed/
INDEPENDENT COMMISSION ON FUNDING & FINANCE FOR WALES, 2010.
KEEP M., *The Barnett formula and fiscal devolution*, London, House of Commons Library, 2025, pp. 1-22.
KENDLE J., *Federal Britain: A History*, London, Routledge, 1997.
MCEWEN N., *Intergovernmental relations review: worth the wait?* in *UK in a Changing Europe*, 17 January 2022, available at: https://ukandeu.ac.uk/intergovernmental-relations-review/
MCLEAN I., *Challenging the Union*, in *The Oxford Handbook of Modern Scottish History*, edited by T. M. Devine and J. Wormald, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 647.
MCLEAN I., MCMILLAN A., *The Distribution of Public Expenditure across the UK Regions*, in *Fiscal Studies*, vol. 24, n. 1, 2003, p. 47.
PAUN A., CHEUNG A., NICHOLSON E., *Funding devolution: The Barnett formula in theory and practice*, London, Institute for Government, 2021, pp. 15-38.
ROMERO CARO F.J., *The United Kingdom's Territorial Funding Arrangement: A Holding Together Tool?* in *Fiscal Federalism and Diversity Accommodation in Multilevel States: A Comparative Outlook*, 2024, p. 309.
RUTHERFORD D., *Routledge Dictionary of Economics, 3rd edition*, Oxon, Routledge, 2013, p. 39.
TRENCH A., *The Barnett formula and the Olympics*, in *Devolution Matters*, 23 December 2011, available at: https://devolutionmatters.wordpress.com/2010/06/03/the-barnett-formula-and-the-olympics/

numero 1/2024

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-A1F

costituzionalismo britannico e irlandese

Devoluzione e governo locale

Devolution e diritti linguistici: l'impatto sulla lingua gallese

Sara Pisanò
Dottoranda in Diritto Pubblico Comparato, Università del Salento

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Devolution e diritti linguistici: l'impatto sulla lingua gallese**

di Sara Pisanò*

Abstract (Ita): Il processo di devolution nel Regno Unito ha segnato una tappa fondamentale nella ridefinizione dell'identità politica e culturale delle sue nazioni costitutive. In Galles, esso ha avuto un impatto rilevante non solo sul piano istituzionale, ma anche sulla tutela e promozione dei diritti linguistici primari della popolazione gallese. Questo contributo analizza in che modo il trasferimento di poteri da Westminster all'Assemblea gallese (oggi Senedd Cymru – Parlamento gallese) abbia inciso sulle politiche linguistiche, contribuendo alla valorizzazione del gallese come lingua ufficiale. Il lavoro prende in esame, inoltre, l'influenza delle politiche educative e dei media, così come la crescente consapevolezza, sia sociale che istituzionale, del valore della diversità linguistica

Abstract (Eng): The process of devolution in the United Kingdom has constituted a crucial moment in the redefinition of the political and cultural identities of its constituent nations. In Wales, devolution has had a profound impact not only at the institutional level but also on the safeguarding and promotion of the primary linguistic rights of the Welsh population. This paper investigates how the transfer of legislative powers from Westminster to the Welsh Assembly (now Senedd Cymru – the Welsh Parliament) has shaped language policy, fostering the recognition and revitalization of Welsh as an official language. Furthermore, it analyses the influence of educational and media policies, alongside the increasing social and institutional awareness of the importance of linguistic diversity.

Parole chiave: Diritti linguistici; Galles; Devoluzione

Keywords: Linguistic rights; Wales; Devolution

1. Tra dominio e devolution: le dinamiche del rapporto anglo-gallese

Prima di entrare nel merito dell'analisi dei diritti linguistici in Galles, è opportuno soffermarsi brevemente sui rapporti storici con l'Inghilterra, al fine di comprendere più approfonditamente l'evoluzione delle politiche linguistiche adottate dal governo gallese, specialmente in seguito al processo di devolution.

In primis è importante sottolineare che la popolazione del Regno Unito ha sempre avuto la piena consapevolezza della coesistenza di comunità nazionali ben distinte, anche se a livello costituzionale questa diversità ha spesso creato confusione. Storicamente, infatti, è sempre stato difficile nominare la nazione associata al governo del Regno Unito[1], anche perché esso si «*distingue dagli altri stati europei per la sua mancanza di un'ideologia nazionalista ufficiale*» (Keating 1988:56). Il termine nazionalismo, infatti, si riferisce frequentemente ai soli nazionalismi substatali, vale a dire quello scozzese, irlandese e gallese. Queste dinamiche hanno portato a definire il nazionalismo britannico come *unionismo*, termine ancora comunemente utilizzato in Scozia e Irlanda del nord per indicare il mantenimento e il rafforzamento dell'unione politica tra le quattro nazioni del Regno Unito[2].

Nello specifico, la situazione del Galles era del tutto particolare poiché, più che l'apparato statale, ciò che lo ha sempre distinto sono lingua e religione, tanto che gli Acts of Union

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Dottoranda in Diritto Pubblico Comparato, Università del Salento

[1] R. Rose, *Understanding the United Kingdom*, London, Longman, 1982, p. 11.

[2] J. Mitchell, *Devolution in UK,* Manchester, Manchester University Press, 2011, p. 3.

del 1536 e del 1543 avevano carattere profondamente assimilazionista. Fin dall'epoca dei Tudor, infatti, le contee gallesi erano soggette a leggi inglesi e l'inglese era lingua ufficiale, ciò nonostante, il gallese ha continuato a essere parlato, anche se da una minoranza in declino.

Per quanto riguarda la questione dell'indipendentismo è importante sottolineare quanto sia stato profondamente diverso, ad esempio, dalla Scozia: il Galles è un'area meno ricca del paese, molto dipendente dall'Inghilterra dal punto di vista economico, fatto che ha sempre scoraggiato gran parte della popolazione dal rivendicare l'indipendenza convinti che avrebbe comportato un drastico peggioramento del tenore di vita. Per lungo tempo, inoltre, si ebbe l'idea che in molte zone del Galles si parlassero fluentemente entrambe le lingue, fino a quando nel 1945 non ci si rese conto dell'esistenza di due parti ben distinte e talvolta contrapposte: il *Welsh Wales*, dove il gallese era la lingua principale, e *l'English Wales*, dove prevaleva l'inglese.

Il XX secolo ha assistito ad una complessa relazione tra identità gallese e britannica e con il passare del tempo ci si rese conto più volte che i problemi amministrativi in certi campi erano diversi da quelli dell'Inghilterra e che c'era quindi una chiara e inequivocabile necessità di garantire al Galles un diverso sistema di accordi amministrativi per affrontare problemi specifici[3]. Peraltro, la costruzione di un moderno apparato amministrativo statale da parte del Regno d'Inghilterra prima, e dal Regno Unito poi, portò inesorabilmente all'unificazione linguistica in molti dei domini linguistici sentiti come prestigiosi, quali la pubblica amministrazione, il sistema giudiziario, il governo e l'economia, favorendo così la diffusione e l'uso dell'inglese, a discapito delle altre lingue parlate sul resto del territorio britannico.

Ancora oggi le aree geografiche storiche in cui sono parlate le varie lingue autoctone sono circoscrivibili con una certa esattezza: la lingua gallese (*Welsh*) nel Galles, il gaelico scozzese (*Scottish Gaelic*) in Scozia, l'irlandese (*Irish*) in Irlanda del Nord e nella Repubblica d'Irlanda, il cornico (*Cornish*) in Cornovaglia, nonché i vari dialetti dello *Scots*, parlati in Scozia, nord d'Inghilterra e in Irlanda del Nord, regione in cui la lingua è nota come *Ulster-Scots.*

La condizione attuale delle lingue minoritarie nel Regno Unito può essere ricondotta, in larga misura, a politiche linguistiche statali che, fino a un passato relativamente recente, hanno privilegiato la diffusione dell'inglese come lingua principale. Tali politiche, da un punto di vista teorico, possono essere legittimate in nome dell'uguaglianza, nella misura in cui mirano a fornire a tutti i cittadini competenze linguistiche nella lingua dominante, facilitandone così l'inserimento nei circuiti economici, sociali e istituzionali della società. Tuttavia, in assenza di un parallelo riconoscimento e di un'effettiva valorizzazione delle

[3] Consiglio del Galles e del Monmouthshire, *Quarto Memorandum*, par. 13, gennaio 1959.

azione culturale, piuttosto che favorire una reale e inclusiva integrazione[4].

In questo complesso panorama, la devolution ha rappresentato un momento cruciale per la tutela e la promozione della lingua gallese perché con l'istituzione dell'Assemblea Nazionale (oggi *Senedd Cymru*, il Parlamento gallese), il Galles ha acquisito competenze legislative in settori chiave quali la cultura, l'istruzione e le questioni linguistiche. Questo trasferimento di poteri ha consentito l'elaborazione di politiche linguistiche specifiche, rispondenti alle esigenze locali, senza la necessità di interventi da parte del governo centrale britannico. L'evoluzione storica dei rapporti tra Inghilterra e Galles dimostra, dunque, come la lingua sia stata un elemento fondante e persistente dell'identità nazionale gallese, spesso in contrasto con le dinamiche assimilazioniste del potere centrale. È proprio nel contesto della devolution che tale identità ha potuto riemergere in chiave istituzionale, trasformando la tutela linguistica da rivendicazione culturale a strumento concreto di autodeterminazione normativa e politica.

2. **Cenni storici sulla lingua gallese**

La lingua gallese, nota come *Cymraeg* nella sua forma nativa, affonda le sue radici nel proto-celtico, che con il passare del tempo, si evolse in diverse lingue celtiche insulari, tra cui l'irlandese antico, il bretone antico e il gallese antico. Quest'ultimo era parlato in gran parte della Gran Bretagna meridionale e occidentale approssimativamente dal 500 al 1100 d.C., periodo durante il quale tale lingua fu fortemente influenzata dalla diffusione del latino a causa della presenza romana. In questa fase iniziarono ad emergere i primi testi scritti in gallese, come le *Leggi di Hywel Dda,* importanti perché rappresentano uno dei primi e più completi sistemi giuridici scritti del Galles medievale. Pur in assenza di disposizioni linguistiche esplicite, tali normative rivestirono un ruolo determinante: la loro redazione e applicazione in lingua gallese conferirono a quest'ultima una funzione istituzionale, consolidandone l'impiego nei settori giuridico, amministrativo e culturale. Tale scelta testimonia un precoce e significativo attaccamento al proprio idioma: in un contesto storico in cui il latino costituiva la lingua predominante negli atti ufficiali, il Galles si distinse affermando la propria identità linguistica attraverso l'uso del gallese[5].

Tra il XII e il XV secolo, il gallese medio costituisce una fase cruciale nella storia linguistica del Galles. Questo periodo si caratterizza per un progressivo processo di standardizzazione della lingua e un notevole sviluppo della produzione letteraria in lingua gallese, testimoniato da opere di rilievo come il *Mabinogion*, una raccolta di racconti mitologici e leggendari che occupa un posto centrale nella tradizione letteraria medievale del Paese.

A partire dal XVI secolo, la lingua gallese entrò in una nuova fase evolutiva, corrispondente alla transizione verso il gallese moderno, in un contesto segnato da una crescente

[4] C. Sforna, *Lingue autoctone e diritti linguistici nel Regno Unito*. In G. Iannàccaro & S. Pisano (Ed.), *Lingue autoctone e diritti linguistici,* Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 113-130.

[5] Institute of Welsh Affairs, *Lawyer who witnessed a nation on trial – Meic Stephens pays tribute to Dafydd Jenkin the major authority on the laws of the tenth Century Hywel Dda.*, 2012. Consultabile su https://www.iwa.wales/.

luenza della lingua inglese. Tale processo fu intensificato dall'Unione delle Corone del 1603 e dalla successiva incorporazione del Galles nel quadro giuridico e amministrativo del Regno d'Inghilterra. Nonostante l'anglicizzazione progressiva delle istituzioni e della vita pubblica, il gallese mantenne una forte carica identitaria, che trovò espressione in modo particolarmente significativo nel corso del XIX secolo, durante il cosiddetto Rinascimento gallese. Questo movimento, noto anche come revivalismo, si sviluppò tra la fine del XVIII e il XIX secolo e rappresentò un tentativo deliberato di recupero e valorizzazione della cultura e della lingua gallese. Secondo Prys Morgan[6], il revivalismo non si configurò come un semplice esercizio antiquario o nostalgico, bensì come un progetto politico e culturale orientato alla ricostruzione simbolica dell'identità nazionale gallese in risposta alla crescente marginalizzazione istituzionale e culturale[7]. Il revivalismo si articolò in molteplici forme: dalla rinnovata valorizzazione della lingua gallese come veicolo di identità collettiva, alla centralità della religione non conformista quale spazio culturale autonomo, fino alla rifondazione di istituzioni culturali come le *Eisteddfodau*, trasformate in vere e proprie celebrazioni nazionali. Nell'ambito di tale processo, la figura di Iolo Morganwg, poeta e antiquario, esercitò un'influenza determinante nella costruzione di una mitologia culturale gallese attraverso la sistematica invenzione di genealogie bardiche e la composizione di testi druidici di natura pseudostorica. Morgan insiste sul fatto che tali operazioni non vadano interpretate come meri inganni o falsificazioni, bensì come articolate strategie di carattere ispirativo e costruttivo, finalizzate alla creazione di un corpus simbolico e identitario funzionale alla legittimazione culturale e politica della nazione gallese[8]. In questa prospettiva, il revivalismo si configura come un esempio paradigmatico di costruzione culturale consapevole, dove la tradizione assume un valore performativo e simbolico, piuttosto che documentario. Come conclude Morgan, «*il movimento di rinascita del mito nacque da una crisi generale, quando pareva che la linfa vitale stessa della nazione si stesse esaurendo*», suggerendo che l'efficacia delle tradizioni inventate non dipenda dalla loro autenticità storica, ma dalla loro capacità di generare coesione identitaria[9].

Negli stessi anni, infatti, la sopravvivenza della lingua gallese fu significativamente compromessa dal governo britannico, in particolare nel contesto scolastico, dove il suo utilizzo venne attivamente scoraggiato attraverso pratiche sanzionatorie, tra cui l'impiego del cos-

[6] Prys Morgan è un eminente storico gallese, noto per i suoi contributi fondamentali alla storia culturale e nazionale del Galles. Professore emerito presso la Swansea University, Morgan ha approfondito, in particolare, il ruolo della costruzione identitaria nel contesto gallese. Nel saggio *From a Death to a View: The Hunt for the Welsh Past in the Romantic Period* (1983), egli analizza il processo di rielaborazione e invenzione delle tradizioni gallesi durante l'epoca romantica, inquadrandolo all'interno del più ampio dibattito sulle "tradizioni inventate" di Hobsbawm e Ranger. Tale studio rappresenta un contributo essenziale per la comprensione delle modalità con cui si costituisce e si legittima culturalmente l'identità nazionale gallese.

[7] P. Morgan, *Dalla morte alla visione: la riscoperta del passato gallese nel periodo romantico*. In E. Hobsbawm & T. Ranger (a cura di), *L'invenzione della tradizione*. Torino, Einaudi, 2002, p. 75.

[8] Ibid, pp. 84-85.

[9] Ibid, p. 98.

iddetto *Welsh Not*, targhetta recante la sigla "WN", utilizzata come strumento punitivo per disincentivare l'uso del gallese tra gli alunni. Tuttavia, come osserva lo storico John Davies, è improbabile che tale pratica fosse tanto diffusa, anche perché non risulta essere mai stata formalmente adottata come politica ufficiale dalle autorità governative[10].

Più tardi, in seguito a una serie di rivolte popolari scoppiate in tutto il Galles, a Westminster iniziarono a porsi domande sul motivo per cui i gallesi sembrassero così inclini all'illegalità e questo indusse il Parlamento a commissionare un'indagine ufficiale sullo stato dell'istruzione in Galles. Il rapporto conclusivo, pubblicato nel 1847, generò un ampio scandalo: sebbene l'incarico conferito ai commissari fosse circoscritto all'ambito educativo, il documento si spinse ben oltre, includendo severe critiche alla moralità e al carattere del popolo gallese. Come previsto, i commissari rilevarono un livello d'istruzione complessivamente molto basso, identificando la lingua gallese come un ostacolo al progresso civile e morale, e sostennero che solo l'adozione dell'inglese avrebbe potuto favorire un effettivo miglioramento delle condizioni materiali e morali della popolazione. Questa posizione fu oggetto di immediate critiche: numerosi osservatori evidenziarono l'inadeguatezza dei tre commissari, avvocati anglicani provenienti dall'Inghilterra, i quali, non conoscendo la lingua gallese, non disponevano degli strumenti necessari per comprendere né valutare in modo appropriato la complessità del contesto culturale e linguistico gallese. Questo atteggiamento rifletteva le conseguenze di lunga durata dell'Atto di Unione del 1536, che aveva di fatto escluso il gallese dalla vita istituzionale: nel pieno dell'epoca vittoriana e dell'espansione dell'Impero britannico, il gallese non era mai stato riconosciuto come lingua adatta all'insegnamento o agli affari ufficiali.

Nel corso del XX secolo, la lingua gallese si trovò ad affrontare ulteriori sfide: la distruzione provocata dalla Prima guerra mondiale accelerò il processo di declino linguistico, con la perdita di circa 20.000 parlanti gallesi. A questa crisi demografica si aggiunsero le difficoltà economiche degli anni '20 e '30, che esercitarono ulteriori pressioni sulle regioni rurali del Galles occidentale – tradizionalmente roccaforti della lingua – che videro l'esodo di centinaia di giovani in cerca di migliori opportunità lavorative. Di conseguenza, nelle contee di Cardigan, Meirionnydd, Caernarfon e Anglesey, si registrò frequentemente un tasso di mortalità superiore a quello di natalità, contribuendo ulteriormente all'indebolimento del tessuto linguistico e culturale gallese. Come scrisse Janet Davies nel suo libro *The Welsh Language*, «*villaggi remoti, dove per 15 secoli non si era udita altra lingua se non il gallese, ora risuonavano d'estate di voci inglesi*»[11]. La crescente urbanizzazione e l'influenza dei media inglesi minacciavano di erodere l'uso quotidiano del gallese, anche se gli sforzi concertati di attivisti linguistici e politici portarono a una serie di riforme significative.

[10] BBC, *Welsh and 19th century education*. BBC Wales History. Consultabile su https://www.bbc.co.uk/wales/history/sites/themes/society/language_education.shtml.
[11] Ibid.

Esaminando i dati, si può constatare che nel corso del XX secolo e nei primi vent'anni del XXI secolo, la situazione della lingua gallese ha conosciuto forti oscillazioni (Figura.1).
Nel 1921 si registrava ancora una presenza consistente della lingua, con 922.092 parlanti, pari al 37,1% della popolazione.
Tuttavia, tra il 1921 e il 1971 si osserva un drastico declino sia in termini assoluti che percentuali: i parlanti scendono a 542.465, rappresentando soltanto il 20,8% della popolazione. Si tratta di una perdita molto consistente, sia in termini assoluti sia proporzionali, che riflette l'impatto di profondi cambiamenti economici, sociali e culturali, tra cui l'urbanizzazione, l'industrializzazione e la crescente influenza dell'inglese nei contesti ufficiali.
Negli anni successivi, tra il 1971 e il 1991, la diminuzione prosegue, ma rallenta: nel 1981 si contano 508.207 parlanti (18,9%), e nel 1991 un leggero incremento a 510.920 (18,7%). Sebbene la percentuale sia sostanzialmente stabile, questo piccolo aumento assoluto è un segnale incoraggiante perché esso coincide con l'inizio degli effetti delle politiche linguistiche introdotte dagli anni '60.
Il censimento del 2001 rappresenta un momento di svolta più evidente: si registrano 575.640 parlanti (20,52%), con un aumento sia in termini assoluti sia percentuali. Questo dato conferma una tendenza positiva, particolarmente tra i giovani, frutto degli sforzi di pianificazione linguistica e delle iniziative educative sviluppate nei decenni precedenti.
Tuttavia, il censimento del 2011 segna un nuovo lieve arretramento: i parlanti scendono a 562.000 (19,0%), in particolare nelle aree tradizionalmente più forti della lingua, come il nord-ovest del Galles. Questo dato ha sollevato interrogativi sulla solidità dei progressi compiuti e sull'efficacia delle politiche linguistiche a lungo termine, suggerendo la necessità di strategie rinnovate e mirate per affrontare le nuove sfide della trasmissione linguistica, in particolare nelle comunità storicamente gallesi[12].

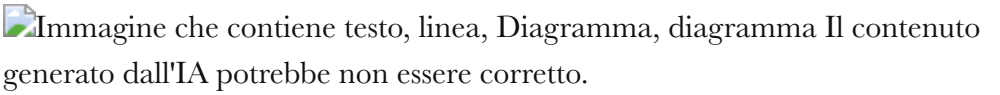
Immagine che contiene testo, linea, Diagramma, diagramma Il contenuto generato dall'IA potrebbe non essere corretto.

Figura 1. Evoluzione del numero di parlanti gallese e della loro percentuale sulla popolazione totale in Galles (1921–2011).

Oggi il gallese è parlato da circa 600.000 persone e, pur restando una lingua minoritaria, beneficia di un solido sostegno istituzionale e comunitario. In molte zone del Galles, è ampiamente utilizzato nella scuola, nel lavoro e nella vita quotidiana.
Tuttavia, la lingua continua a confrontarsi con sfide significative, legate in particolare alla globalizzazione e al predominio dell'inglese nei media e nella tecnologia. In tale prospettiva, la sua sopravvivenza non può essere interpretata come un dato acquisito, bensì come il

[12] I dati sono tratti dall'Istituto Nazionale di Statistica del Governo britannico. È possibile consultarli sul sito istituzionale utilizzando il seguente link https://www.ons.gov.uk/.

ioeconomici e trasformazioni culturali, che rende necessario un rinnovato impegno istituzionale volto a garantirne la trasmissione effettiva e la piena funzionalità nell'ambito della vita pubblica.

3. **Il Galles oltre il modello di Balsom**

Quanto finora illustrato evidenzia il profondo legame tra lingua e identità nazionale gallese. Già nel 1979, Balsom[13], nel suo studio *The Three Wales Model*, basato su un sondaggio dell'opinione pubblica gallese, aveva individuato una dimensione territoriale nella distribuzione linguistica. Egli individuò tre «*raggruppamenti sociali primari*» (Figura.2):

1. *Y Fro Gymraeg:* di lingua gallese, ampiamente identificato politicamente con il Galles e concentrato nel Galles settentrionale e occidentale;
2. Il *Galles non di lingua gallese*, identificato politicamente con il Galles e concentrato nel Galles meridionale;
3. il *Galles britannico di lingua inglese*, identificato con la Gran Bretagna, situato lungo il confine con l'Inghilterra, nonché nel Pembrokeshire.


Immagine che contiene testo, mappa, atlante, diagramma Il contenuto generato dall'IA potrebbe non essere corretto.
Figura . The Wales Model

Balsom constatò che il modo in cui l'identità era associata alla lingua gallese influenzava le preferenze costituzionali e indeboliva la nozione che il Galles geografico fosse un'entità politica unitaria[14]. Nel corso degli anni, la scarsità di dati e di studi alternativi ha contribuito a consolidare il modello di Balsom come principale chiave interpretativa della geografia politico-identitaria del Galles. La sua perdurante rilevanza sembrava inoltre confermata dai risultati del referendum del 1997: la mappa elettorale (Figura 3) evidenzia infatti una notevole corrispondenza tra le aree identificate da Balsom e le zone che si espressero a favore o contro la devolution.


Immagine che contiene testo, mappa, atlante Il contenuto generato dall'IA potrebbe non essere corretto.
Figura 3. Map of the Welsh devolution referendum, 1997.

[13] Denis Balsom è un politologo e accademico gallese di rilevanza, noto per i suoi contributi significativi allo studio della politica, dell'identità nazionale e della cultura del Galles contemporaneo. È stato docente presso l'Università del Galles di Aberystwyth e ha ottenuto la posizione di Honorary Research Fellow presso il Welsh Governance Centre dell'Università di Cardiff. Balsom ha anche curato la pubblicazione annuale *Wales Yearbook*, una preziosa guida agli affari pubblici del Galles, che raccoglie informazioni sugli sviluppi politici, le istituzioni e le personalità di rilievo.
[14] D. Balsom, *The Three-Wales Model*, in J. Osmond (Ed.), *The national question again: Welsh political identity in the 1980s*, Gomer Press, 1985, pp. 1-17.

Solo recentemente, diversi studiosi hanno cercato di proporre un'alternativa alla lettura di Balsom senza negare la particolarità della scelta di voto in Galles. Tra questi, vi sono Scully e Wyn Jones che sotto il profilo teorico rilevano come il modello di Balsom trascuri gli approcci emergenti che concepiscono il voto non più come semplice espressione di appartenenza sociale, bensì come il risultato di valutazioni razionali sulla competenza dei partiti. Sul piano empirico, evidenziano, inoltre, le criticità metodologiche del Cultural Attachment Scale, impiegato per misurare l'identità culturale, sottolineando la presenza di variabili ridondanti o scarsamente correlate. In aggiunta, attraverso l'analisi dei dati del Welsh Election Study del 1979, Scully e Wyn Jones dimostrano che le identità linguistiche e nazionali non si distribuiscono in modo nettamente distinto sul territorio, contrariamente a quanto ipotizzato da Balsom[15].

Un tentativo più recente di suddividere il territorio gallese è rappresentato dal piano *People, Places, Futures: The Wales Spatial Plan*, elaborato nel 2004 e aggiornato nel 2008 su incarico del governo gallese. A differenza dei modelli precedentemente citati, tale documento non mirava a delineare identità culturali o politiche, bensì a orientare le decisioni strategiche di sviluppo per le diverse aree del Galles nell'arco dei vent'anni successivi. Secondo questo piano spaziale, in Galles è possibile identificare sei principali regioni, i cui confini sono mitigati grazie ai vari collegamenti transfrontalieri: Galles nord-orientale; Galles nord-occidentale; Galles centrale; Galles sud-orientale; Swansea Bay e Western Valleys; Pembrokeshire e il canale Milford Haven. Grazie al rilevamento di dati statistici sulle condizioni economiche, sociali e ambientali, si sono potute ricavare una serie di informazioni interessanti sulle diverse composizioni sociali ed economiche presenti nel Galles odierno.

In particolare – si legge nel documento – il Galles nord-occidentale «*ha un fortissimo senso di identità, legato alla lingua gallese*», mentre il Galles nord-orientale è descritto come «*un motore chiave dell'economia gallese*». La rete di capitali del Galles sud-orientale, incentrata su Cardiff, è definita una «*rete urbana interdipendente, ma non pianificata*» che contiene alcune importanti disparità economiche e sociali, mentre il Galles centrale è costituito da un mosaico di insediamenti relativamente piccoli che si stanno rivelando molto attraenti per la loro qualità di vita e per l'ambiente[16]. Il *Wales Spatial Plan* si configura, dunque, quale strumento essenziale di coordinamento tra sviluppo economico, pianificazione dei trasporti, tutela ambientale e politiche abitative, contribuendo a promuovere un approccio territoriale integrato allo sviluppo regionale.

Per la stesura del progetto, il Governo ha tenuto conto del fatto che le esigenze delle persone variavano a seconda del contesto territoriale in cui vivevano ed un esempio concreto ha riguardato i servizi essenziali come la salute e l'istruzione: nelle aree rurali del Galles,

[15] R. Scully, R.W. Jones, *Still three Wales? Social location and electoral behavior in contemporary*. Wales Governance Centre, Pierhead Building, Cardiff CF99 1NA, Wales, UK, 2012, pp. 658-660.
[16] Welsh Assembly Government, *People, Places, Futures: The Wales Spatial Plan 2008 Update*, Cardiff, Welsh Assembly Government, 2008, ISBN 978-0-7504-4845-1.

dove i trasporti pubblici sono stati meno sviluppati, l'accesso a questi diritti fondamentali è risultato più complicato rispetto alle città. Tuttavia, si sono volute evitare inutili generalizzazioni sottolineando che anche in contesti urbani sono esistiti gruppi sociali e individui che hanno sofferto di svantaggi paragonabili a quelli delle aree rurali, il che ha richiesto un'attenzione specifica e mirata alle diverse forme di disuguaglianza, indipendentemente dal tipo di territorio.

Questo quadro porta a concludere che il superamento del modello di Balsom e l'emergere di prospettive più articolate evidenziano la necessità di interpretare l'identità gallese non più come una categoria territoriale statica, bensì come una costruzione sociale stratificata, influenzata da molteplici fattori linguistici, politici ed economici. L'approccio adottato dal *Wales Spatial Plan*, fondato su un'analisi empirica delle differenze intra-regionali e sulla formulazione di politiche territorialmente differenziate, riflette una visione più matura e funzionale del pluralismo identitario gallese, in cui la lingua continua a rivestire un ruolo cardine, non solo come marcatore culturale, ma come parametro operativo per l'elaborazione di strategie pubbliche sensibili alle specificità locali.

4. **Plaid Cymru e la costruzione del nazionalismo linguistico**

Un ulteriore aspetto di rilievo è rappresentato dal nazionalismo gallese, storicamente caratterizzato da un legame profondo con la questione linguistica e da un'impronta metodologica spesso più radicale rispetto a quella del corrispondente movimento scozzese.

Nel primo ventennio del '900, la situazione internazionale e il suo crescente impatto sulla politica interna indussero i nazionalisti gallesi a «*uno dei momenti più determinanti nella storia del Galles moderno*» (Jenkins 1998). Nel 1925 venne fondato il Plaid Cymru (letteralmente il Partito del Galles), il quale sostenne quella che Saunders Lewis, fondatore del partito, chiamava «*civiltà gallese*». Nel 1936, Saunders Lewis e altri attivisti gallesi incendiarono un poligono di tiro per l'addestramento dei piloti a Penyberth, in un cuore di lingua gallese, e ammisero spontaneamente di aver commesso il reato, enfatizzandone la natura politica e dando vita ad una tradizione di azioni incostituzionali, che unì motivazioni pacifiste e nazionaliste in azioni combattive e di disobbedienza civile.

Dunque, nel periodo compreso tra il 1919 e il 1946, il *Plaid Cymru* si affermò quale principale promotore del nazionalismo linguistico gallese, profondamente rinnovato e chiaramente distinto dalla tradizionale rivendicazione dell'*Home Rule*. Il partito fissò come obiettivo fondamentale l'indipendenza statale del Galles, proponendo la costituzione di uno Stato autonomo e svincolato dalla subordinazione politica a Westminster. In parallelo, riconoscendo la centralità della dimensione culturale, il partito pose tra le sue priorità la tutela della lingua e della cultura gallese, strumenti essenziali per il rafforzamento di una coscienza nazionale distinta.

In campo internazionale, il partito adottò una chiara linea antimperialista e sostenne il principio della neutralità militare, opponendosi tanto alla logica espansionistica

o britannico quanto all'intervento del Galles nei conflitti globali, mostrando una marcata solidarietà verso gli altri popoli minoritari, auspicando una rete di cooperazione e mutuo riconoscimento, in opposizione alle logiche imperiali e centralizzatrici delle grandi potenze[17].

In una trasmissione radiofonica del 1962, Saunders Lewis sostenne che la lingua doveva essere priorità assoluta e in tal modo galvanizzò gli attivisti della lingua gallese, contribuendo così alla fondazione della *Welsh Language Society*.

Durante gli anni '60 e '70, con la crescita dei movimenti nazionalisti anche in Scozia, *Plaid Cymru* riuscì a guadagnare visibilità politica, anche se nel referendum del 1979, il progetto di devolution, presentato per la prima volta, fu massicciamente respinto (con circa l'80% di voti contrari). Nonostante questo insuccesso, il *Plaid* continuò a mantenere l'autonomia come obiettivo strategico, rafforzando la consapevolezza nazionale e preparando il terreno per le future battaglie politiche e mantenendo vivo il dibattito sull'autogoverno gallese.

Quando, negli anni '90, il governo laburista di Tony Blair rilanciò la questione della devolution, il *Plaid* fu uno degli attori principali a sostenere la proposta ed esercitò una pressione significativa affinché il progetto di devoluzione non si limitasse a una semplice decentralizzazione amministrativa, ma includesse poteri legislativi concreti[18]. Il referendum fu vinto con un margine molto ristretto (50,3% a favore), segno di una società ancora divisa, ma la vittoria permise la creazione della *National Assembly for Wales* nel 1999, istituzione che segnava una svolta storica nel riconoscimento politico del Galles. L'importanza del *Plaid Cymru*, dunque, non può essere misurata unicamente attraverso la lente dei risultati elettorali.

Il partito ha avuto un ruolo cruciale nel ridefinire il panorama politico gallese, promuovendo una consapevolezza nazionale che ha riportato al centro del dibattito pubblico questioni fondamentali legate all'identità, alla lingua, alla cultura e al diritto all'autodeterminazione. Questo impegno ha contribuito in modo significativo a plasmare una nuova narrazione nazionale, al punto che anche le principali formazioni politiche britanniche – *Labour, Conservatives e Liberal Democrats* – si sono trovate nella necessità di riconoscere e includere nei propri programmi la dimensione specificamente gallese.

5. **Lingua e diritto: l'evoluzione della legislazione linguistica in Galles**

A partire dalla seconda metà del XX secolo, sia in Galles che in Irlanda sono state introdotte diverse normative con l'intenzione di proteggere e promuovere l'uso delle lingue locali. Ciò che differenzia le due campagne è che mentre in Irlanda la lingua locale è entrata a far parte del curriculum scolastico come materia di studio da insegnarsi in inglese, il

[17] S. Morgan, *La costruzione di un «nuovo nazionalismo». Il Partito Nazionalista Gallese fino al 1946*, in Nazioni e Regioni. Studi e ricerche sulla comunità immaginata, n. 14, 2019, pp. 67-87. Traduzione di Fabio De Leonardis.

[18] M. Savi, *Plaid Cymru: Il Galles indipendentista ed europeista*, 2017. Consultabile su https://lospiegone.com/2017/05/29/plaid-cymru-il-galles-indipendentista-ed-europeista/.

Galles ha introdotto il bilinguismo universale, rendendo le scuole un ambiente dove i bambini hanno la possibilità di accedere sia all'inglese sia al gallese in egual misura. In altre parole, è stato creato un sistema scolastico dove il gallese non lo si studia, lo si trasmette. I dati hanno dimostrato che il metodo gallese è risultato più efficace rispetto a quello irlandese perché in Irlanda il numero di parlanti è continuato a diminuire; il gallese invece è continuato a crescere, seppur con alti e bassi, soprattutto tra le giovani generazioni con un'accresciuta consapevolezza culturale[19].

Tra i primi provvedimenti legislativi con elementi importanti per la dimensione linguistica si ricorda il *Welsh Courts Act* del 1942, il quale consentiva agli imputati e ai querelanti che si presentavano in tribunale di usare il gallese se erano svantaggiati dal dover parlare inglese. Vi erano però degli ostacoli: in primo luogo lo svantaggio doveva essere dimostrato; in secondo luogo, laddove la difficoltà nel parlare la lingua inglese effettivamente esisteva, subentrava il problema di trovare un giudice o un magistrato che capisse la lingua gallese.

Il successivo atto parlamentare, il *Welsh Language Act* del 1967, fu fondamentale, non tanto per ciò che diceva, quanto per ciò che simboleggiava: esso costituì di fatto, l'inizio di un processo di decostruzione di una vecchia legislazione obsoleta che risaliva all'epoca dei Tudor. Per la prima volta nella storia giuridica del Galles, la normativa sancì il diritto per qualsiasi parte coinvolta in un procedimento giudiziario di utilizzare la lingua gallese, senza dover dimostrare uno svantaggio legato all'uso dell'inglese. Furono inoltre previsti servizi di interpretazione per garantire la piena comprensione e partecipazione al processo. Questa norma pose le basi per l'evoluzione successiva in un sistema giuridico bilingue in Galles, segnando il passaggio da una politica di marginalizzazione linguistica a una graduale affermazione dell'uguaglianza nell'ambito delle istituzioni pubbliche[20]. Tuttavia, i sostenitori più militanti della lingua ritenevano che l'atto del 1967 fosse pressoché inefficace e per queste ragioni, dopo una serie di importanti campagne e mobilitazioni, nel 1982 la *Welsh Language Society* pubblicò il suo manifesto[21], nel quale si sosteneva che la sopravvivenza della lingua non poteva prescindere dal rafforzamento delle comunità che la parlano, proponendo un modello alternativo al capitalismo globale basato sul controllo locale, la giustizia sociale e la sostenibilità ambientale.

Nel 1993 fu poi introdotto il *Welsh Language Act,* che oltre a ribadire la parità tra lingua inglese e gallese nella conduzione degli affari pubblici, portò all'istituzione del *Welsh Language Board*. Quest'ultimo aveva tra i suoi compiti principali lo sviluppo di strategie per assicurarne la vitalità futura, la supervisione del trattamento paritario tra le due lingue negli enti

[19] M. Tamburelli, *Un piano d'azione per la salvaguardia delle lingue regionali*. Bangor, 2015. Consultabile su Accademia.eu.

[20] D. Lloyd Jones, *Il Welsh Language Act 1967: i primi cinquant'anni*. Discorso presentato durante il ricevimento di inaugurazione della Conferenza dell'Associazione Internazionale dei Commissari Linguistici, Cardiff, Galles, 2017, pp. 2-4.

[21] Per ulteriori dettagli, è possibile consultare il manifesto completo sul sito ufficiale della Welsh Language Society: cymdeithas.cymru.

pubblici, la promozione dell'uso del gallese anche nel settore privato e volontario, e il sostegno all'apprendimento della lingua a tutti i livelli scolastici. A ciò si aggiungeva l'erogazione di fondi e la creazione di strumenti — come software linguistici — per facilitarne l'uso quotidiano. Questi principi risultavano particolarmente cruciali per le organizzazioni che operavano a favore di persone vulnerabili, come quelle attive nei servizi di consulenza e assistenza[22]. Infine, il *Welsh Language Board* impose agli enti coinvolti l'obbligo di redigere uno schema linguistico, in cui avrebbero dovuto specificare le misure adottate per garantire l'uso del gallese nell'erogazione dei servizi. Il Board aveva quindi la facoltà di approvare tali schemi, fornire orientamenti e verificarne la corretta attuazione. Sebbene l'ente sia stato successivamente sostituito dal Commissario per la lingua gallese, gran parte della normativa introdotta in quella fase resta tuttora in vigore.

Nel 2011 è stata introdotta la *Welsh Language Measure,* la quale rappresenta una pietra miliare nel riconoscimento e nella tutela della lingua gallese, sancendone per la prima volta lo status di lingua ufficiale nel Galles. La misura ha introdotto un sistema vincolante di standard linguistici, che impone a enti pubblici e a specifiche imprese private l'obbligo di fornire servizi in gallese, rendendo la lingua visibile e accessibile in ambiti quali segnaletica, comunicazioni scritte e servizi telefonici. Inoltre, la legge riconosce espressamente il diritto dei cittadini a utilizzare il gallese nella vita quotidiana e attribuisce al Commissario poteri sanzionatori per garantire l'effettiva applicazione delle norme. L'impatto della misura è stato significativo nel rafforzare i diritti linguistici e nel promuovere una cultura istituzionale bilingue, attraverso un approccio normativo basato su obblighi chiari e meccanismi di controllo.

In questo modo, il Galles ha costruito un modello avanzato di politica linguistica che coniuga diritti individuali, responsabilità istituzionali e visibilità culturale, offrendo un esempio rilevante di come la protezione delle lingue minoritarie possa essere integrata efficacemente nel quadro normativo di uno Stato democratico.

6. **Una lingua viva – una lingua per la vita**

Dopo il censimento del 2011, con il quale è emersa un'effettiva crescita dell'uso della lingua gallese, il governo si è posto un ulteriore obiettivo, ossia quello di far aumentare sia il numero di persone che parlano gallese che l'uso complessivo della lingua, e a tal fine sono stati pubblicati una serie di documenti governativi, periodicamente aggiornati in base ai risultati ottenuti.

La strategia linguistica del governo gallese delineata nel documento *A living Language: a Language for living – Moving forward* del 2014 rappresenta un'estensione della Welsh Language Strategy 2012–2017. La politica si sviluppa su quattro assi principali: collegamento tra lingua e sviluppo economico, pianificazione strategica più efficace, uso della lingua nella

[22] Welsh Language Board, *Welsh Language Schemes: Their Preparation and Approval in accordance with the Welsh Language Act 1993*, Cardiff, Welsh Language Board, 1996.

comunità e cambiamento del comportamento linguistico. Vengono promosse iniziative per integrare il gallese nei luoghi di lavoro, nella pianificazione urbana e nei servizi pubblici, con investimenti mirati di oltre 1,2 milioni di sterline. Una sezione importante del documento è dedicata alla formazione a lungo termine dei futuri parlanti gallesi proprio a partire dal sistema educativo[23].

In risposta alle carenze emerse nella gestione della domanda da parte dei genitori, lo *School Standards and Organisation Wales Act* del 2013 ha imposto alle autorità locali l'obbligo di pianificare in modo strategico l'integrazione della lingua gallese all'interno del sistema d'istruzione, attribuendo ai Ministri gallesi un ruolo centrale nell'elaborazione e supervisione dei Piani Strategici. L'intervento del Governo non si è limitato solo all'ambito della scuola dell'obbligo, ma si è esteso anche all'istruzione prescolare e ai servizi per l'infanzia — come centri per bambini, attività di doposcuola e assistenza familiare — oltre a rafforzare l'azione dei promotori del bilinguismo nell'istruzione superiore e nella formazione professionale, al fine di garantire il mantenimento e lo sviluppo dell'offerta educativa bilingue anche oltre i 16 anni di età. Da questo punto di vista, il Galles è da tempo all'avanguardia nello sviluppo di modelli di immersione linguistica e uno degli approcci adottati a Gwynedd, Ynys Môn e Ceredigion è stato quello di offrire lezioni intensive di gallese a coloro che sono immigrati in Galles per consentire una transizione graduale nelle scuole bilingui locali.

I primi dati relativi alla lingua gallese, successivi alla pubblicazione dell'ultimo piano d'azione, sono stati resi noti nel dicembre 2022 e hanno però suscitato una certa delusione da parte del governo. È emerso, infatti, che il numero e la percentuale di parlanti gallesi di età pari o superiore ai tre anni erano in diminuzione: si è passati da 562.000 persone (19,0%) nel 2011 a 538.300 (17,8%) nel 2021.

È tuttavia importante sottolineare che il censimento non rileva l'effettivo uso quotidiano della lingua. Vale la pena ricordare che il problema della raccolta di dati statistici accurati sulle lingue non è nuovo: tracciare un quadro esaustivo e coerente sullo stato delle minoranze linguistiche nel Regno Unito si è sempre rivelato complesso, a causa della significativa carenza di informazioni disponibili e affidabili. Tale situazione sembra riflettere una persistente sottovalutazione della diversità linguistica e culturale nel Regno Unito: la mancata raccolta sistematica di dati sulle competenze linguistiche — inclusa la capacità di parlare inglese — suggerisce che la questione linguistica non è mai stata considerata una priorità nell'agenda pubblica britannica.

Per questa ragione, il Governo gallese, ha analizzato i dati del censimento, valutandoli in relazione a tutti gli altri dati e fonti di ricerca a disposizione, inclusi i dati demografici più recenti: dai dati scolastici, ad esempio, si evince che ci sono più bambini che mai nell'istruzione di tipo gallese, e l'Indagine Nazionale per il Galles afferma che un numero cres-

[23] Welsh Government, *A living language: a language for living – Moving forward. Policy statement*. 2014, Cardiff, Welsh Government. Consultabile su: https://www.gov.wales/welshlanguage.

cente di adulti dichiara di possedere una certa capacità di parlare gallese[24].

Nel marzo 2023, all'interno del Libro Bianco sull'educazione, redatto nell'ambito dell'accordo di cooperazione con il *Plaid Cymru*, sono state pubblicate le proposte volte a consentire a tutti gli studenti e le studentesse di diventare parlanti fluenti di gallese entro il 2050. Tra le principali novità vi sono: l'inserimento dell'obiettivo di raggiungere un milione di parlanti gallesi nella legislazione, rendendolo così un impegno formale e vincolante; la creazione di un unico continuum di competenze linguistiche, al fine di garantire una comprensione condivisa del percorso di apprendimento tra studenti, insegnanti, genitori e datori di lavoro; l'istituzione di un sistema legale per classificare le scuole pubbliche in base al mezzo linguistico adottato per l'insegnamento (ad esempio scuole in lingua gallese, bilingue o in lingua inglese); e l'introduzione dell'obbligo per i Ministri gallesi di redigere un Piano Nazionale statutario per l'acquisizione e l'apprendimento del gallese, soggetto a revisione a ogni nuova legislatura del Parlamento gallese.

Nel 2024, inoltre, è stata presentata la versione preliminare del *Piano Strategico 2025–2030 del Commissario per la Lingua Gallese*, pubblicata ufficialmente il 3 aprile 2025 dopo un ampio processo di consultazione pubblica. La strategia si articola attorno a tre obiettivi principali: migliorare la qualità e la visibilità dei servizi in gallese, ampliare le opportunità di utilizzo quotidiano della lingua e rafforzare la tutela dei diritti linguistici. Parallelamente, il piano rafforza la valorizzazione linguistica attraverso il supporto operativo ad aziende e organizzazioni del terzo settore, promuovendo standard come il marchio *Cynnig Cymraeg* e sviluppando percorsi linguistici personalizzati, formazione del personale e ricerca settoriale. Il monitoraggio dei risultati avverrà tramite una serie di indicatori qualitativi e quantitativi che misurano non solo la conformità formale, ma anche l'impatto reale delle politiche sulla diffusione del gallese.

Sebbene i dati censuari più recenti abbiano sollevato nuovi interrogativi sull'efficacia delle strategie adottate, l'approccio integrato promosso dalle autorità gallesi – fondato sulla pianificazione educativa, l'inclusione normativa e la promozione dell'uso quotidiano – rappresenta un modello avanzato di tutela linguistica. Il rafforzamento delle misure legislative e la centralità attribuita alla valutazione d'impatto delle politiche costituiscono elementi essenziali per consolidare una società bilingue autentica, in cui la lingua gallese possa continuare a svilupparsi come strumento vivo e pienamente funzionale nella vita pubblica e privata.

7. **Il Galles e l'Unione Europea: nuove prospettive dopo la Brexit**

Negli ultimi due decenni, il Galles ha assunto un ruolo sempre più rilevante nel contesto politico del Regno Unito, specialmente in relazione al processo di integrazione europea e

[24] Welsh Government, *Cymraeg 2050: Welsh language strategy action plan 2023 to 2024,* p. 3. Pubblicato in data 24 marzo 2023.

alle sue conseguenze post-Brexit[25].

Fin dagli anni Novanta, il *Plaid Cymru* ha adottato una visione positiva dell'Unione Europea, considerandola una cornice istituzionale favorevole entro la quale un Galles dotato di maggiore autonomia potesse operare su un piano di parità con gli altri Stati membri[26].

La partecipazione gallese all'UE, sia attraverso la delegazione britannica che mediante canali regionali, ha garantito alle autorità devolute un coinvolgimento diretto nei processi decisionali su materie di rilevanza strategica per il territorio. Il beneficio più tangibile, tuttavia, è stato di natura economica: i fondi strutturali europei hanno rappresentato uno strumento essenziale per colmare il divario di sviluppo tra il Galles e le regioni più prospere del Regno Unito[27]. Non sorprende, quindi, che mentre i partiti di scala nazionale hanno discusso la Brexit in termini prevalentemente ideologici o geopolitici, i partiti localisti abbiano posto l'accento sul rischio concreto di perdere risorse fondamentali per la crescita regionale. In particolare, l'area occidentale del Galles, tra le più svantaggiate economicamente, rientrava nel cosiddetto "Obiettivo Convergenza" dell'UE, destinato alle regioni con un PIL pro capite inferiore all'80% della media europea, e ha pertanto beneficiato di ingenti finanziamenti destinati allo sviluppo infrastrutturale, all'istruzione e alla riqualificazione urbana.

L'adesione all'UE ha inoltre favorito la costruzione di un modello di governance multilivello, in cui il governo centrale e le amministrazioni devolute collaboravano all'attuazione di politiche europee, specie in settori di competenza condivisa quali agricoltura, ambiente e sviluppo regionale.

L'uscita dall'Unione ha interrotto questo sistema, privando il Galles non solo del flusso diretto di risorse finanziarie, ma anche di canali di influenza politica e di cooperazione istituzionale, aggravando le già evidenti tensioni nel quadro costituzionale del Regno Unito.

Tra il 2014 e il 2020, il fondo nazionale sostitutivo, lo *UK Shared Prosperity Fund*[28], è stato giudicato insufficiente dal governo gallese, con una perdita stimata di circa 1,1 miliardi di sterline rispetto ai fondi europei. Anche sul piano culturale e formativo, la Brexit ha avuto un impatto marcato: la fine della partecipazione a programmi come Erasmus+ ha comportato la cessazione di opportunità di mobilità e scambio per migliaia di giovani gallesi.

Nel contesto dell'Unione europea, la tutela dei diritti linguistici rappresentava un ulteriore ambito particolarmente significativo per il Galles. L'UE ha sostenuto il gallese attraverso politiche linguistiche e strumenti giuridici volti a proteggere la diversità linguistica, tra cui

[25] House of Commons Library, *Brexit: Impact on the devolved nations*. Briefing Paper CBP-8482, London: UK Parliament, 2020, pp. 9-14. Consultabile su https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8482/.

[26] Plaid Cymru, *A Welsh Independent Future in Europe: Policy Manifesto*. Cardiff: Plaid Cymru Publications, 2022, pp. 3-10.

[27] European Commission, *EU Structural Funds in Wales 2014–2020: Summary*. Directorate-General for Regional and Urban Policy, Brussels, 2014, pp. 2-8.

[28] UK Government – Department for Levelling Up, Housing and Communities, *UK Shared Prosperity Fund: Prospectus*, London, HMSO, 2022, pp. 6-9.

la *Carta europea delle lingue regionali o minoritarie (ECRML),* adottata dal Consiglio d'Europa e ratificata dal Regno Unito nel 2001. Tuttavia, l'approccio britannico alla Carta si è rivelato limitato: invece di considerare la ratifica come un punto di partenza per ulteriori avanzamenti, il governo si è limitato ad accettare solo le disposizioni già coperte dal diritto interno, risultando in un'applicazione poco ambiziosa. Ciononostante, il gallese ha ricevuto un riconoscimento simbolico da parte dell'UE nel 2005, attraverso un accordo con il Regno Unito che ne ha autorizzato l'uso in comunicazioni ufficiali con le istituzioni europee, inclusi gli interventi nel Parlamento Europeo[29]. Inoltre, fondi come il FSE e programmi culturali come *Europa Creativa* hanno sostenuto la promozione dell'istruzione bilingue, la formazione linguistica e la circolazione delle produzioni artistiche in gallese.

L'esperienza del Galles evidenzia con chiarezza come l'integrazione europea abbia avuto un impatto profondo non solo in termini economici, ma anche politici, sociali e culturali. La partecipazione all'UE ha contribuito al rafforzamento dell'identità gallese e alla valorizzazione della sua lingua, offrendo strumenti concreti per l'inclusione, la coesione territoriale e l'emancipazione istituzionale. In questo scenario, il futuro delle relazioni tra Galles e UE dipenderà dalla volontà politica del governo britannico di riequilibrare le asimmetrie interne e riconoscere il valore strategico della cooperazione multilivello, nonché dalla capacità delle istituzioni gallesi di mantenere vive reti transnazionali, riaffermando la propria vocazione europea in un contesto post-Brexit ancora in evoluzione.

8. **Conclusioni**

L'esperienza del Galles dimostra con forza come i diritti linguistici non siano un semplice corollario della tutela delle minoranze, ma costituiscano un pilastro essenziale della cittadinanza democratica e della giustizia sociale. Il riconoscimento giuridico del gallese come lingua ufficiale, e la sua progressiva integrazione nelle istituzioni, nei servizi pubblici e nel sistema educativo, rappresentano conquiste fondamentali che ridefiniscono il concetto stesso di uguaglianza: non solo come parità formale, ma come reale accesso a una vita pubblica pienamente inclusiva. La devolution ha permesso al Galles di plasmare un modello avanzato di governance linguistica, capace di affermare che la lingua è diritto, cultura, identità e partecipazione. In un contesto globale segnato dalla standardizzazione e dalla pressione delle lingue dominanti, la tutela del Cymraeg diventa simbolo di resistenza democratica e strumento di emancipazione collettiva. Tuttavia, i dati più recenti invitano alla prudenza: senza un rafforzamento concreto delle politiche linguistiche, la vitalità della lingua resta fragile. È necessario che la pianificazione linguistica sia affiancata da una piena consapevolezza istituzionale del valore dei diritti linguistici come diritti fondamentali, da proteggere e promuovere al pari della libertà, dell'uguaglianza e della dignità. Il caso

[29] European Commission, *Agreement between the UK and the EU on the use of Welsh in EU institutions*. Directorate-General for Translation, Brussels, 2005.

gallese insegna che una società è realmente democratica solo se riconosce, sostiene e celebra la diversità linguistica che la abita.

BIBLIOGRAFIA

BBC News. (2023). *Il Galles e l'UE: cosa è cambiato con la Brexit?*, consultabile su https://www.bbc.com/.

BBC, *Welsh and 19th century education*. BBC Wales History. Consultabile su https://www.bbc.co.uk/wales/history/sites/themes/society/language_education.shtml

Boldrini, M. (2021). Le elezioni regionali in Scozia ed in Galles. *Osservatorio Costituzionale*, (3).

Camera dei Comuni del Regno Unito. (2020). *Brexit: Impatto sulle nazioni devolute.* Londra, Parlamento del Regno Unito.

Caravale, G. (2016). L'illusione della sovranità. Il Regno Unito tra elezioni locali e Brexit, consultabile su *federalismi.it*.

Caravale, G. (2017). Il rapporto governo-parlamenti ai tempi della Brexit e le nuove sfide per la costituzione britannica, consultabile su *federalismi.it*.

Commissione Europea. (2005). *Accordo tra il Regno Unito e l'UE sull'uso del gallese nelle istituzioni europee*. Bruxelles, Direzione Generale della Traduzione.

Commissione Europea. (2007). *Nomina del Commissario per il Multilinguismo: Leonard Orban*, consultabile su https://ec.europa.eu

Commissione Europea. (2014). *Fondi strutturali dell'UE in Galles 2014–2020: Sintesi,* Bruxelles, Direzione Generale per la Politica Regionale e Urbana.

Consiglio d'Europa. (1992). *Carta europea delle lingue regionali o minoritarie*. Strasburgo.

Consiglio d'Europa. (2001). *Quadro comune europeo di riferimento per le lingue: apprendimento, insegnamento, valutazione*. Strasburgo: Consiglio d'Europa.

Consiglio d'Europa. (2023). *Quinto rapporto di valutazione del Comitato di esperti sull'applicazione della Carta europea delle lingue regionali o minoritarie nel Regno Unito* (pp. 7-25). Strasburgo: Consiglio d'Europa.

Dell'Aquila, V., Iannàccaro, G. (2006). *Modelli europei di pianificazione linguistica*. Milano, FrancoAngeli.

Evans, D. (2019). *Welshness in 'British Wales': Negotiating national identity at the margins*. Contemporary Wales, consultabile su https://doi.org/10.1111/nana.12390

Firenze University Press. (2010). *Politiche per la cooperazione regionale nel settore dell'apprendimento permanente: costruire una strategia ad ampio raggio per il prossimo periodo di programmazione europea*. Firenze. ISBN 978-88-8453-680-8 (print); ISBN 978-88-8453-690-7 (online).

Fisher, T. (2008). *The Era of Centralisation: The 1988 Education Reform Act and its consequences. Forum. Il Mulino, (3).*

Fox, R. (2003). L'impatto della devoluzione sulla cultura nel Regno Unito. *Economia della Cultura*, XIII (2).

Governo del Galles. (2021). *Riformare la nostra Unione: Governance condivisa nel Regno Unito*, Cardiff.
Governo del Galles. (2023). *Transizione dall'UE: Sintesi dell'impatto economico della Brexit sul Galles*, Cardiff.
Governo del Regno Unito – Dipartimento per il Livellamento, l'Abitazione e le Comunità. (2022), *Fondo britannico per la prosperità condivisa: Prospetto*. Londra, HMSO.
Hagège C. (2002). *Morte e rinascita delle lingue: Diversità linguistica come patrimonio dell'umanità* (L. Cortese, Trad.). Feltrinelli.
Hobsbawm E., Ranger T. (2002). *L'invenzione della tradizione*. Traduzione di Enrico Basaglia. Torino, Einaudi.
Ingenito, C. (2018). Soft law e Brexit. *federalismi.it*.
Keating, M. (1988). *State and Regional Nationalism*. Hemel Hempstead, Wheatsheaf.
Le Metais, J. (1995). *Legislating for change, School reform in England and Wales 1979–1994*. National Foundation for English Research.
Lloyd Jones, D. (2017). *The Welsh Language Act 1967: The First 50 Years*. Conferenza dell'Associazione Internazionale dei Commissari Linguistici, Cardiff, Galles.
Mitchell, J. (2010). *Devolution in the UK*. Manchester, Manchester University Press.
Morgan, S. (2019*). La costruzione di un «nuovo nazionalismo». Il Partito Nazionalista Gallese fino al 1946.* In *Nazioni e Regioni. Studi e ricerche sulla comunità immaginata*. Traduzione di Fabio De Leonardis.
Osmond, J. (Ed.). (1985). The national question again: Welsh political identity in the 1980s. Gomer Press.
Plaid Cymru. (2022). *Un futuro gallese indipendente in Europa: Manifesto politico* (pp. 3-10). Cardiff. Consultabile su https://www.partyof.wales/independence.
Rose, R. (1982). *Understanding the United Kingdom*. London, Longman.
Scully, R., & Jones, R. W. (2012). Still three Wales? Social location and electoral behavior in contemporary Wales. *Wales Governance Centre*, Pierhead Building, Cardiff CF99 1NA, Wales, UK.
Toniatti, R. (Ed.). (2023). *La rappresentanza delle minoranze linguistiche*. Trento: Università degli Studi di Trento. Consultabile su https://doi.org/10.15168/11572_372279
Trumper, J. B., & Maddalon, M. (2002). Identità e lingua. In V. Orioles (Ed.), *La legislazione nazionale sulle minoranze linguistiche: Problemi, applicazioni, prospettive*. Plurilinguismo. Contatti di lingue e culture.
Welsh Assembly Government. (2008). *People, Places, Futures: The Wales Spatial Plan 2008 Update*. Cardiff: Welsh Assembly Government. ISBN 978-0-7504-4845-1.
Welsh Government. (2014). *A living language: a language for living – Moving forward. Policy Statement.* Cardiff.
Welsh Language Board. (1996). *Welsh Language Schemes: Their Preparation and Approval in accordance with the Welsh Language Act 1993*. Cardiff.

Williams, S. (2019). *"That's not bloody true, I'm as Welsh as anybody": The Continuum of Welshness and Basqueness and its Implications for the Development of a National Consciousness*. Department of Political and Cultural Studies, Swansea University.
Fine modulo

numero 1/2025

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-57C

Libertà e diritti fondamentali

La specialità della “Costituzione di Belfast”

Matteo Frau
Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato
Università degli Studi di Brescia

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

LA SPECIALITÀ DELLA "COSTITUZIONE DI BELFAST"*

di MATTEO FRAU**

ABSTRACT (ITA): La narrazione giuridica della straordinaria specialità dello statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord, come democrazia consensuale-antimaggioritaria e *bill of rights* aperto, si basa ancora oggi, nell'impostazione di molti studiosi, sulla chiave di lettura della *devolution* e sulla lente interpretativa del diritto del Regno Unito. In realtà, sia prima che dopo la Brexit è possibile ricondurre questa specialità alle implicazioni di un processo costituente complesso e multilivello sfociato nel *Belfast Agreement* o *Good Friday Agreement* del 1998, che si può pertanto definire la "Costituzione di Belfast". Emanciparsi dalla riduttiva lettura *British* della specialità nordirlandese consente di valorizzare il fattore storico della *Irish dimension* che contraddistingue la "Costituzione di Belfast" e di spiegare meglio l'asimmetria della *devolution* nel Regno Unito.

ABSTRACT (ENG): The legal narrative of Northern Ireland's extraordinarily special constitutional status—as a consociational, anti-majoritarian democracy with an open-ended bill of rights—still largely draws, in much scholarly work, on the interpretive framework of UK constitutional law and the concept of Devolution. However, both before and after Brexit, this special status more properly stems from the implications of a complex, multi-level constituent process culminating in the Belfast Agreement, or Good Friday Agreement, of 1998, which can therefore be defined as the "Belfast Constitution". Moving beyond the reductive British reading of Northern Ireland's distinctiveness allows for a fuller appreciation of the historical significance of the Irish dimension that defines the "Belfast Constitution," and better explains the asymmetry of Devolution within the United Kingdom.

PAROLE CHIAVE: Accordo del Venerdì Santo, *itio in partes*, statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord.

KEYWORDS: Good Friday Agreement, *itio in partes*, Northern Ireland's special status.

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Una colonizzazione fallita alla radice dello *shared government*; 3. L'Accordo del Venerdì Santo, ovvero la "Costituzione di Belfast"; 4. La specialità della democrazia nordirlandese: *Belfast-style itio in partes* e maggioranze separate-concorrenti; 5. La specialità dello statuto costituzionale dei diritti fondamentali: il villaggio di Asterix; 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Sono molte e approfondite le analisi che i costituzionalisti e i comparatisti hanno già dedicato – recentemente anche su questa Rivista – allo statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord, ora con riferimento agli sviluppi della *devolution* ora con riguardo al regime giuridico dei diritti fondamentali (un regime decisamente "speciale" rispetto al resto del Regno Unito, soprattutto dopo la Brexit).

Queste pagine si prefiggono di rielaborare – si spera con qualche spunto originale – la tesi ricostruttiva che mira a ricondurre tutte le specialità costituzionali caratterizzanti il contesto giuridico e politico dell'Irlanda del Nord a un'unica matrice storica postcoloniale e a un unitario processo costituente sfociato nel *Belfast Agreement* (o *Good Friday Agreement* o *British-Irish Agreement*) siglato il 10 aprile 1998 dal Regno Unito e dalla Repubblica d'Irlanda, nonché dai principali partiti politici dell'Irlanda del Nord. L'accordo, recepito nel Regno Unito dal *Northern Ireland Act* del 1998, invera un *constitutional compact* multipolare che mira a ricomporre il rapporto tra *British dimension* e *Irish dimension* all'interno di un complesso

* Contributo sottoposto a *double blind review*.

** Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Brescia

mosaico geopolitico[1] basato sul «*constitutional fundamental right*»[2] all'identità nazionale plurale («*as British or Irish or both*») del popolo nordirlandese, di cui è espressione il diritto speciale alla doppia cittadinanza[3]. Gli interessi vitali di ambedue le comunità identitarie, nazionalista-cattolica e unionista-protestante, sono coperti da un solido scudo costituzionale che li protegge dai potenziali abusi non soltanto della maggioranza politica-numerica dell'Assemblea nordirlandese, ma, di fatto, anche della maggioranza parlamentare di Westminster, mitigando in qualche misura persino l'inossidabile principio della *Parliamentary Sovereignty*.

Lungi dall'essere una semplice espressione *sui generis* della *devolution* – o meglio: di una delle tre coeve e asimmetriche *devolutions* blairiane – l'Accordo del 1998 appare piuttosto come un «*foundational constitutional document that reflects the complex political reality of a deeply divided transitional society*»[4].

A dispetto della «*exclusively internal UK legal narrative*», questo atto fondativo ha prodotto una conseguenza costituzionale irreversibile: «*Northern Ireland is not just like Scotland and Wales and its distinctive role within an asymmetrical and pluralist 'Union state', and on the island of Ireland, must be appreciated*»[5]. Mentre nella finzione narrativa britannica la nazione nordirlandese rappresenta, assieme alle nazioni inglese, gallese e scozzese una delle quattro *Home Nations* del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, nella realtà storica e costituzionale che sarà descritta in seguito essa si presenta piuttosto nella veste di un "piccolo popolo" semi-indipendente composto da una *Irish Nation* e da una *British Nation*.

La sostanza dell'Accordo del Venerdì Santo è pertanto quella di una vera e propria "Costituzione di Belfast". Alla base di tale atto complesso risiede il riconoscimento, anzitutto da parte del Regno Unito, di un duplice diritto all'autodeterminazione del popolo nordirlandese: da un lato, come potere di autogoverno della comunità binazionale nel suo complesso, il cui consenso è peraltro condizione necessaria (ancorché non sufficiente) all'ipotetica riunificazione politica dell'Isola[6]; dall'altro lato, come diritto politico speciale

[1] Donde la declinazione di tale rapporto binazionale in tre filoni principali, ossia, come ricorda anche E. STRADELLA, *Riflessioni sullo stato della devolution nell'Irlanda del Nord*, in *Questa Rivista*, n. 2, 2024, p. 84: (1) il rapporto all'interno dell'Irlanda del Nord; (2) il rapporto tra il Nord e il Sud dell'Isola (tra Irlanda del Nord e la Repubblica d'Irlanda); il rapporto tra Est e Ovest, ossia tra le due Isole maggiori (Irlanda e Gran Bretagna) e i due Stati (Repubblica d'Irlanda e Regno Unito).

[2] C. HARVEY, *Northern Ireland and a Bill of Rights for the United Kingdom*, London, British Academy, 2016, p. 12.

[3] Così il *Belfast Agreement*, *Constitutional Issues*, par. vi.

[4] C. HARVEY, *The 1998 Agreement: Context and Status*, in C. MCCRUDDEN (ed.), *The Law and Practice of the Ireland-Northern Ireland Protocol*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 22.

[5] *Ivi*, p. 25.

[6] V. *Belfast Agreement*, *Constitutional Issues*, Annex A, riprodotto nella prima sezione del *Northern Ireland Act*. Con riferimento allo «*Status of Northern Ireland*», si dispone che il Nord Irlanda «*in its entirety remains part of the United Kingdom and shall not cease to be so without the consent of a majority of the people of Northern Ireland voting in a poll held for the purposes of this section* […]. *But if the wish expressed by a majority in such a poll is that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland, the Secretary of State shall lay before Parliament such proposals to give effect to that wish as may be agreed between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Government of Ireland*».

(nella forma tecnica del diritto di veto corporativo mutuale) attribuito a ciascuna delle due componenti nazionali in relazione alla protezione della rispettiva identità. Come spesso avviene nei sistemi consociativi, si tratta di un modello di democrazia che rende meno agevole la formazione di governi stabili e più difficoltosa l'approvazione delle leggi, ma che al contempo permette la stabile pacificazione del conflitto e la costruzione di una *politèia* condivisa. In questo senso, la «specialità della *devolution* nord-irlandese» – riprendendo il filo del discorso di Elettra Stradella nell'ultimo numero di questa Rivista[7] – può essere ricondotta a un processo costituente di stampo federalista (v. *infra*, parr. 2 e 3) ancora oggi aperto e connotato da *transitional constitutionalism*[8], da cui deriva una Costituzione implicita dell'Irlanda del Nord del tutto eccentrica rispetto alla tradizione britannica sia per quanto riguarda la forma di governo e l'attuazione del principio democratico (v. *infra*, par. 4) sia per quanto riguarda il catalogo dei diritti (v. *infra*, par. 5).
Nelle pagine seguenti si proverà dunque a ripercorrere per sommi capi l'evoluzione della specialità dello statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord utilizzando questa chiave di lettura.

2. Una colonizzazione fallita alla radice dello *shared government*

Storicamente, il conflitto nordirlandese tra cattolici-nazionalisti-repubblicani, da un lato, e protestanti-unionisti-lealisti, dall'altro, nasce dall'esito non propriamente riuscito di un tentativo di colonizzazione britannica avviato da Giacomo I all'inizio del XVII Secolo, ossia la *Plantation of Ulster*. In quel tempo, infatti, un gran numero di sudditi inglesi e scozzesi fu trasferito nelle Contee del Nord dell'Irlanda raggruppate nella provincia dell'Ulster, allo scopo di occupare le terre ivi confiscate in seguito alla sconfitta militare dei ribelli cattolici guidati da Hugh O'Neill, conte di Tyrone. La testa di ponte dei colonizzatori è però rimasta concentrata soprattutto nel Nord dell'Isola di Smeraldo, spesso privilegiata da Westminster e in perenne tensione con la comunità indigena[9], fondando le basi di un plurisecolare conflitto inter-etnico i cui strascichi si protraggono sino ai nostri giorni.
Nel frattempo il nazionalismo irlandese cresceva nel resto dell'Isola, acquistando una dimensione fortemente politica anche grazie all'influenza del repubblicanesimo rivoluzionario. Vale la pena ricordare – in modo selettivo e giocoforza opinabile – alcuni passaggi storici particolarmente rilevanti ai fini della presente ricostruzione[10]. La prima

[7] E. STRADELLA, *Riflessioni sullo stato della* devolution *nell'Irlanda del Nord*, cit., pp. 84-101.
[8] Cfr. C. HARVEY, *Northern Ireland's Transition and the Constitution of the UK*, in *U.K. Const. L. Blog*, 12 dicembre 2016, UK Constitutional Law Association.
[9] La parziale colonizzazione delle Contee situate del Nord dell'Irlanda, agevolata dal fatto che queste ultime, benché ancora fortemente gaeliche, erano più facilmente raggiungibili dall'Isola maggiore, la Gran Bretagna, più isolate, meno popolose e meglio governabili da forze di occupazione, proseguì negli anni seguenti ma non portò mai all'auspicata soggiogazione politica, culturale e religiosa della popolazione indigena.
[10] Per altri riferimenti storici utili alla ricostruzione delle vicende istituzionali nordirlandesi v., tra i molti, A. MCCORMICK, *The Constitutional Status of Northern Ireland: Consent, Acquiescence, Subjugation, Indifference*, London, The Constitution Society, 2024, ed E. STRADELLA, *L'Irlanda del Nord: lo specchio del centralismo britannico dalla repressione alla Brexit, attraverso la devolution "intermittente"*, in *Federalismi*, n. 12, 2017, p. 1 e ss.

tappa è ovviamente lo *Union Act* del 1800, che incorporava l'Irlanda nel Regno di Gran Bretagna dando vita al Regno Unito e, analogamente a quanto era accaduto circa un secolo prima con l'incorporazione del regno scozzese, aboliva il Parlamento irlandese aggiungendo una componente rappresentativa di cento seggi irlandesi alla *House of Commons* e di 28 *Irish Peers* alla *House of Lords*. La spoliazione di ogni autonoma competenza legislativa sugli affari dell'Isola unitamente al malgoverno britannico degli interessi locali finirono per alimentare le tre anime del movimento nazionalista irlandese, ossia il cattolicesimo, il repubblicanesimo e l'indipendentismo, sino a determinare un'inversione di tendenza nell'orientamento della maggior parte degli irlandesi, che fino all'inizio del XX secolo sembrava essere disposta ad accontentarsi di ottenere la *home rule* piuttosto che combattere per l'indipendenza e la completa autodeterminazione[11].

Contemporaneamente, nel Nord, restava la tensione tra la popolazione protestante, in gran parte discendente dai colonizzatori britannici, e la residuale componente indigena, orgogliosamente *Irish* e cattolica.

L'asimmetria tra le situazioni del Sud e del Nord dell'Isola venne apparentemente risolta – con una soluzione istituzionale rivelatasi quantomai effimera – in occasione del *Government of Ireland Act* del 1920 («*An Act to provide for the better government of Ireland*»), che, nell'illusoria speranza di domare la Guerra di Indipendenza irlandese, sancì la separazione tra il governo dell'Irlanda del Sud e quello dell'Irlanda del Nord, costituendo il *Parliament of Southern Ireland* e il *Parliament of Northern Ireland*, due istituzioni bicamerali originariamente pensate come espressione di due autogoverni paralleli entrambi inclusi nel Regno Unito. Le due entità politiche (Irlanda del Sud e Irlanda del Nord, con relativi Governatore e Parlamento) erano state infatti create dal Governo britannico allo scopo di contenere il crescente nazionalismo irlandese, illudendosi di poter al contempo mantenere l'intera Irlanda sotto la sovranità del Parlamento di Westminster. Scemata di lì a poco questa illusione, con il successivo *Anglo-Irish Treaty* del 1921 (*Articles of Agreement for a Treaty Between Great Britain and Ireland*) il distacco dell'Irlanda del Sud dal Regno Unito divenne definitivo e portò alla nascita dell'*Irish Free State*, un *dominion* del *Commonwealth* dotato di ampia autonomia, che in seguito si evolse nella Repubblica d'Irlanda. E così le Sei Contee dell'Ulster, già diventate ufficialmente Irlanda del Nord, rimasero parte integrante del Regno Unito trasformandosi nel teatro principale del conflitto inter-comunitario.

Queste veloci premesse storiche possono essere qui sufficienti per arrivare – con un salto temporale di quasi mezzo secolo – al contesto che fa da cornice alla genesi dell'attuale statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord: *The Troubles*, ossia il conflitto civile tra nazionalisti e unionisti che dalla seconda metà degli anni Sessanta sino alla fine degli anni Novanta ha visto scontrarsi, oltre che due visioni politiche incompatibili sul destino di un

[11] V. A. McCormick, *The Constitutional Status of Northern Ireland*, cit., p. 17.

popolo, due feroci milizie armate (l'*Irish Republican Army*, erede della c.d. *Old IRA* che aveva lottato per l'indipendenza irlandese, e i ricostituiti *Ulster Volunteers*)[12].

Due mesi dopo i gravi fatti del *Bloody Sunday* del 30 gennaio 1972[13] il Parlamento dell'Irlanda del Nord, incapace di favorire una composizione politica del conflitto, veniva sospeso dalle funzioni in favore della *direct rule* (in irlandese *riail dhíreach*) del governo britannico sotto la responsabilità del Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord. Poco dopo, il *Northern Ireland Constitution Act* del 1973 abolì definitivamente il Parlamento di Stormont insieme alla carica di Governatore, sostituendoli con un'amministrazione devoluta governata da un Esecutivo posto sotto il controllo di un'Assemblea dell'Irlanda del Nord (istituita dal coevo *Northern Ireland Assembly Act* del maggio 1973 allo scopo di rimpiazzare il Parlamento abolito)[14]. Il *Northern Ireland Constitution Act* ebbe il merito di tratteggiare la prospettiva di uno statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord ispirato da un principio di autodeterminazione del popolo nordirlandese e di costituire, insieme al *Sunningdale Agreement* del 9 dicembre dello stesso anno[15], il primo serio tentativo di istituzioni fondate su un principio di condivisione del potere politico tra le comunità unionista e nazionalista.

---

[12] V. *ex multis* P. BEW, G. GILLESPIE, *Northern Ireland: A Chronology of the Troubles, 1968-1999*, Dublin, Gill and Macmillan, 1999; D. MCKITTRICK, D. MCVEA, *Making Sense of the Troubles: A History of the Northern Ireland Conflict*, London, Penguin, 2012.

[13] I *Troubles*, costati migliaia di morti da ambo le parti, ebbero il loro tragico acme nel *Bloody Sunday*, giorno della strage di 14 pacifici manifestanti cattolici consumatasi nel quartiere di Bogside a Derry per mano dei paracadutisti britannici incaricati di mantenere l'ordino pubblico, dopo che la *Northern Ireland Civil Rights Association* (NICRA) aveva mobilitato una protesta contro le norme speciali repressive del governo unionista, fra cui una delle più pesanti era quella che prevedeva l'*internment*, ossia la possibilità per le forze di polizia di imprigionare arbitrariamente le persone. Il *Bloody Sunday* portò non soltanto alla sfiducia dei cattolici verso i militari britannici, che inizialmente erano stati visti come una forza di interposizione neutrale, ma anche a una recrudescenza del conflitto sociale, con il compimento di varie azioni di rappresaglia contro gli unionisti e le istituzioni britanniche, e alimentò un'ondata di nuove affiliazioni all'IRA.

[14] Sebbene alcuni poteri fossero stati devoluti allo *Executive* e all'*Assembly* nordirlandesi, competenze cruciali – tra cui la sicurezza e determinati ambiti economici – restavano nella responsabilità del governo britannico e del *Northern Ireland Office* (NIO). Per inciso, la soppressione del *Parliament of Northern Ireland* aveva comportato il problema di mantenere operativa la garanzia istituzionale sullo «*Status of Northern Ireland as part of United Kingdom*» prevista dallo *Ireland Act* del 1949 (s. 1(2)). In base a questa legge, infatti, l'Irlanda del Nord non avrebbe potuto cessare di far parte del Regno Unito senza il consenso del Parlamento dell'Irlanda del Nord. Poiché il *Northern Ireland Constitution Act* del 1973 aveva abolito il *Parliament of Northern Ireland*, la sua *section 1* sostituì il *consent* parlamentare con il *consent* popolare («*no event will Northern Ireland or any part of it cease to be part of Her Majesty's dominions and of the United Kingdom without the consent of the majority of the people of Northern Ireland* […]»). Un referendum in materia si era già svolto l'8 marzo 1973, con il 98,9% degli elettori espressosi a favore dell'Unione, mentre i nazionalisti avevano boicottato il voto (l'Allegato 1 del *Northern Ireland Constitution Act* stabiliva che non si sarebbero tenuti altri referendum prima del 9 marzo 1983).

[15] Nel villaggio inglese di Sunningdale si riunirono infatti, nel dicembre del 1973, il Primo Ministro del Regno Unito (Edward Heath), il *Taoiseach* (Liam Cosgrave) e l'Esecutivo designato dell'Irlanda del Nord, tutti impegnati in intensi colloqui sul futuro della regione, insieme a una delegazione ministeriale e ai rappresentanti dell'*Ulster Unionist Party* (UUP), del *Social Democratic and Labour Party* (SDLP) e dell'*Alliance Party of Northern Ireland* (APNI). V. G. GILLESPIE, *The Sunningdale agreement: lost opportunity or an agreement too far?*, in *Irish Political Studies*, vol. 13, n. 1, 1998, pp. 100-114.

Il principale compromesso raggiunto con il *Sunningdale Agreement* riguardava la questione irrisolta della cosiddetta *Irish dimension* nell'ambito di una futura *home rule* per l'Irlanda del Nord, prevedendo l'istituzione di un *Council of Ireland* che richiamava, nel nome ma non nella sostanza, l'omonimo organo contemplato dal *Government of Ireland Act* del 1920 e mai attuato. Il Consiglio d'Irlanda, affiancandosi all'Esecutivo e all'Assemblea dell'Irlanda del Nord, avrebbe dovuto appunto assicurare l'adeguata considerazione della dimensione irlandese nell'esercizio delle funzioni di governo. In base al *Sunningdale Agreement*, il Consiglio d'Irlanda si sarebbe dovuto articolare in un Consiglio dei Ministri e in un'Assemblea Consultiva, entrambi caratterizzati da una composizione paritetica: il Consiglio dei Ministri, con funzioni esecutive, consultive e di armonizzazione, avrebbe incluso sette membri dell'Esecutivo dell'Irlanda del Nord e sette membri del Governo irlandese; l'Assemblea Consultiva sarebbe stata composta da 30 membri dell'Assemblea dell'Irlanda del Nord e dallo stesso numero di membri del *Dáil Éireann*, ossia della Camera bassa irlandese[16].

La proposta incontrò subito la ferma opposizione unionista[17]. Persino gli unionisti più moderati, seppure favorevoli alle nuove istituzioni nordirlandesi (l'Assemblea e l'Esecutivo), mostravano notevole scetticismo verso la proposta del *Council of Ireland*, che ritenevano non potesse essere accolta senza la formale cessazione delle rivendicazioni costituzionali irlandesi relative alla riunificazione, ossia senza l'emendamento delle disposizioni contenute negli articoli 2 e 3 della Costituzione della Repubblica d'Irlanda. Nonostante ciò, il 14 maggio 1974, l'Assemblea dell'Irlanda del Nord respinse, con 44 voti contrari e 28 favorevoli, una mozione che chiedeva il rigetto delle proposte contenute nel *Sunningdale Agreement*, a dimostrazione di un sostegno ancora esistente nel panorama delle forze partitiche. Tuttavia, in segno di protesta contro il voto del 14 maggio, lo *Ulster Workers' Council* (UWC) convocò un grande sciopero generale per il 25 maggio 1974, che contribuì non soltanto al definitivo abbandono della proposta relativa al Consiglio d'Irlanda, ma

[16] Il testo del comunicato ufficiale, con i contenuti dell'Accordo può essere consultato sul sito https://cain.ulster.ac.uk/events/sunningdale/agreement.htm. Il *Council of Ireland* mirava a soddisfare un'istanza di lunga data del cattolico *Social Democratic and Labour Party* (SDLP).

[17] Il giorno seguente all'Accordo di Sunningdale, i lealisti annunciavano l'istituzione dell'*Ulster Army Council* (UAC), come atto di resistenza all'istituzione del *Council of Ireland*, mentre il 4 gennaio 1974 l'*Ulster Unionist Council*, l'assemblea politica dello *Ulster Unionist Party*, rigettava a sua volta la proposta con 427 voti contrari e 374 favorevoli. A segnare il fallimento del progetto di un governo condiviso fu l'esito dell'elezione generale tenutasi nel Regno Unito il 28 febbraio di quell'anno, che in Irlanda del Nord si svolgeva in un clima di guerriglia e di occupazione militare. Qui l'elezione aveva assunto il significato di un referendum sul *Council of Ireland* proposto dal *Sunningdale Agreement*. Per questa ragione i tre maggiori partiti lealisti, ossia il *Democratic Unionist Party* (DUP), il *Vanguard* e l'*Official Unionists*, si coalizzarono nello *United Ulster Unionist Council* (UUUC) allo scopo di fare eleggere un candidato comune in chiave anti-Sunningdale Agreement nei collegi elettorali uninominali nordirlandesi, con il motto: «*Dublin is just a Sunningdale away*». Il collante politico era dunque l'opposizione all'ipotesi di *shared government*. V. P.J. McLoughlin, *"Dublin is Just a Sunningdale Away"? The SDLP, the Irish Government and the Sunningdale Agreement*, Working Papers in British-Irish Studies, Dublin, Institute for British-Irish Studies University College, n. 82, 2007.

anche al collasso dell'intero quadro istituzionale sorto, appena un anno prima, dal *Northern Ireland Constitution Act* e dal *Northern Ireland Assembly Act*.

Un nuovo tentativo di promuovere un governo condiviso anglo-irlandese dell'Ulster fu fatto sotto il Governo Thatcher con lo *Anglo-Irish Agreement* del 1985, che mirava ad attribuire all'Esecutivo irlandese una funzione consultiva nell'amministrazione dell'Irlanda del Nord attraverso la *Anglo-Irish Intergovernmental Conference*. L'accordo, approvato da una maggioranza schiacciante alla Camera dei comuni britannica e da entrambi i rami del Parlamento irlandese, era nondimeno destinato a incontrare il dissenso dei partiti unionisti nordirlandesi, ossia lo *Ulster Unionist Party* (UUP) e il *Democratic Unionist Party* (DUP). Ancora una volta, l'opposizione unionista alla proposta di *shared-government* portò all'indizione di un grande sciopero generale, il 3 marzo 1986 (*Day of Action*), accompagnato da numerosi episodi di vandalismo e azioni intimidatore. Tutto ciò avveniva nel segno della continuità non solo dei *Troubles*, ma anche di una profonda crisi delle istituzioni rappresentative nordirlandesi, a cominciare dalla *Northern Ireland Assembly*, che fu più volte sospesa e ripristinata[18].

In definitiva, dal 1972 al 1998 ha di fatto prevalso il sistema della *direct rule*, mentre gli interessi della comunità nazionalista/cattolica ossia dei discendenti della popolazione indigena restavano ancora drammaticamente privi di un'adeguata *rappresentatività* politica. Per arrivare all'agognata conclusione dell'annoso conflitto, a un sistema di governo devoluto e alla costituzione dell'attuale Assemblea, ossia la *New Northern Ireland Assembly* eletta per la prima volta il 25 giugno 1998, si sarebbe dovuto attendere il celebre Accordo del Venerdì Santo siglato il 10 aprile dello stesso anno.

3. L'Accordo del Venerdì Santo, ovvero la "Costituzione di Belfast"

L'Accordo di Belfast o Accordo del Venerdì Santo, che ha determinato la cessazione del conflitto (o perlomeno della sua dimensione violenta e armata), non è il frutto di una mera concessione autonomistica nel quadro della più ampia riforma laburista della *devolution*[19], ma l'esito di una transizione costituzionale – o meglio, costituente – ad oggi incompiuta.

L'Accordo del 1998 ha consentito di raggiungere un punto di equilibrio nella composizione degli interessi vitali di due identità nazionali contrapposte e delle rispettive visioni politiche, teoricamente inconciliabili: quella della maggioranza unionista, per cui l'Irlanda del Nord doveva restare parte integrante del Regno Unito; quella della minoranza nazionalista, che reclamava l'indipendenza della nazione irlandese e una diversa identità costituzionale. Il

[18] Nel 1982 era stata infatti istituita un'altra Assemblea, sostanzialmente priva di competenze rilevanti, che fu sciolta nel 1986 in quanto non supportata dai nazionalisti-cattolici.

[19] Sul tema, basti qui rinviare a A. TOMKINS, *Devolution and the British Constitution*, London, Key Haven, 1998; V. BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, Clarendon Press, 2001; N. MCCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999. Nella letteratura italiana, per una ricostruzione costituzionale a tutto tondo della *devolution* (nella prospettiva britannica) si veda, *ex multis*, A. TORRE, "*On Devolution". Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico"*, in *Le Regioni*, n. 2, 2000, p. 203 e ss.

compromesso riusciva infatti a garantire il rispetto della visione maggioritaria dando al contempo alla comunità irlandese un assetto costituzionale speciale, del tutto inedito e unico nel suo genere.

Sebbene molti unionisti reputassero eccessive le concessioni a beneficio dei nazionalisti, va detto che il *Belfast Agreement* ha portato immensi benefici per entrambi i gruppi identitari, tra cui l'auspicata pacificazione sociale e la garanzia della sicurezza pubblica. Accanto ai profili di *transitional justice* legati all'amnistia e alla questione del disarmo, che nel 1998 erano molto sentiti, vi erano gli aspetti istituzionali ancora oggi di grande attualità connessi ai diritti politici speciali e simmetrici riconosciuti su base identitaria, di cui inizialmente beneficiò soprattutto la comunità di minoranza (anche se il crescente peso demografico dei cattolici ha poi portato alla prospettiva di un rovesciamento del rapporto di forza numerica fra i due gruppi).

Nonostante la significativa opposizione unionista, destinata a protrarsi nel tempo, l'Accordo del Venerdì Santo ottenne un ampio supporto popolare nel referendum approvativo del 22 maggio del 1998 (il *Northern Ireland Good Friday Agreement referendum*). Nello stesso giorno, nella Repubblica d'Irlanda, veniva sottoposto a referendum il IX emendamento alla Costituzione, che, modificando gli articoli 2 e 3 – relativi alla promessa di un'unità politica dell'Isola sotto il governo di Dublino – trasformava l'originaria rivendicazione nell'auspicio di una futura riunificazione pacifica, basata sul principio del consenso. Come è stato ben evidenziato, osservando le implicazioni sostanzialmente costituenti di questi due referendum: «*That popular basis of support on the island of Ireland lends a formidable weight in the arena of political constitutionalism*»[20]. Va aggiunto che l'Accordo eleva il referendum da fatto storico fondativo a strumento sistemico per un eventuale mutamento dello *status* nordirlandese, con modalità e conseguenze differenti da quelle dei referendum che possono avere luogo nelle altre *devolutions* (basti ricordare che nel 2022 la Corte Suprema del Regno Unito ha stabilito che il Parlamento scozzese non ha il potere di convocare un referendum meramente consultivo sull'indipendenza della Scozia senza il consenso del Parlamento di Westminster).

L'Accordo si presenta come un atto complesso articolato in un patto multilaterale tra i partiti politici (dunque una sorta di "costituente materiale") e in un accordo internazionale tra la Repubblica d'Irlanda e il Regno Unito, influenzato anche dall'Unione europea, che rappresentava allora la cornice sovranazionale del processo di composizione del conflitto[21].

Il *Belfast Agreement* contiene altresì un elemento marcatamente confederale legato alla presenza di meccanismi istituzionali espressivi di uno *shared government* inter-statuale, come la rinnovata *British-Irish Intergovernmental Conference*, il *British/Irish Council* (per il pilastro est-ovest) e il *North/South Ministerial Council* (per il pilastro nord-sud).

La dimensione confederale dell'Accordo si manifesta inoltre nell'affidare il destino dell'Irlanda del Nord alla volontà convergente di due Stati sovrani (Regno Unito e

[20] C. HARVEY, *The 1998 Agreement*, cit., p. 23.

[21] Insiste molto su questo aspetto, fra gli altri, E. STRADELLA, *L'Irlanda del Nord*, cit.

Repubblica d'Irlanda) e tre popoli, includendo – in una prospettiva giusnaturalista – anche il popolo nordirlandese, al quale è riconosciuto un diritto di autodeterminazione. Accanto allo *shared government* confederale, l'Accordo del Venerdì Santo prevede l'adozione dello *shared government* "interno" di cui si tratterà ampiamente nel paragrafo seguente.

In definitiva, la "Cosituzione di Belfast" rappresenta l'esito intermedio di un processo costituente multilivello a vocazione federalista (nel senso del *federalizing process* di Carl Friedrich). È pertanto riduttivo, ancorché formalmente corretto, affermare che l'Accordo del 1998 (definito non a caso anche *British-Irish Agreement*) sancisce la dimensione internazionale del patto (sostituendo lo *Anglo-Irish Agreement* del 1985) mentre il coevo *Northern Ireland Act* (e successive modifiche) ne consente l'attuazione nell'ordinamento interno del Regno Unito.

Il *Northern Ireland Act*, proprio in quanto atto legislativo che permette all'Accordo del Venerdì Santo di spiegare effetti giuridici nel diritto domestico, ne riverbera una parte delle implicazioni costituzionali. In *Robinson v Secretary of State for Northern Ireland and Others* Lord Hoffmann ha scritto al riguardo: «[…] *The 1998 Act is a constitution for Northern Ireland, framed to create a continuing form of government against the background of the history of the territory and the principles agreed in Belfast*»[22]. Nella medesima circostanza, Lord Bingham ha tuttavia aggiunto una precisazione importante: «*The 1998 Act does not set out all the constitutional provisions applicable to Northern Ireland, but it is in effect a constitution*». A ben vedere, infatti, la vera Costituzione dell'Irlanda del Nord sprigiona direttamente dall'Accordo del Venerdì Santo, mentre il *Northern Ireland Act* ne rappresenta soltanto il riflesso interno all'ordinamento del Regno Unito. Identificare la Costituzione implicita dell'Irlanda del Nord nel *Belfast Agreement* anziché nel *Northern Ireland Act* comporta una conseguenza fondamentale, ossia la preclusione, per il Parlamento del Regno Unito, della possibilità di modificare unilateralmente la legislazione interna incidente sui caratteri essenziali della specialità costituzionale nordirlandese.

Sul versante irlandese, dove invece esiste una Costituzione rigida e "codificata", il mutamento costituzionale è stato sancito mediante un emendamento all'articolo 29 della Costituzione che ha autorizzato la Repubblica d'Irlanda a ratificare il *British-Irish Agreement* e a dare attuazione agli impegni da esso derivanti.

Dalla "Costituzione di Belfast" discende un potere legislativo devoluto con tratti costituzionali del tutto peculiari, tanto per il principio di democrazia consensuale entro cui viene esercitato (per effetto di un *mutual veto* attribuito simmetricamente a ciascuno dei due gruppi identitari), quanto per la sua singolare forza giuridica. Di quest'ultima vi è traccia nella sezione 5(6) del *Northern Ireland Act* del 1998, che, dopo aver ribadito il pieno potere legislativo del Parlamento di Westminster sull'Irlanda del Nord («*This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Northern Ireland*»), subito dopo afferma: «*but an Act of the Assembly may modify any provision made by or under an Act of Parliament in so far as it is part of the law of Northern Ireland*». Una formulazione che si distingue in modo

[22] [2002] UKHL 32, [25].

significativo – e non solo per una questione di sfumature lessicali – dalle corrispondenti previsioni contenute nello *Scotland Act* del 1998 e nel *Government of Wales Act* del 2006 (e successive modifiche), dove analoghi poteri sono espressi in termini meno impegnativi e riguardano competenze devolute minori, sia per ampiezza che per implicazioni costituzionali (basti menzionare la competenza nordirlandese in materia di diritto antidiscriminatorio).

4. La specialità della democrazia nordirlandese: *Belfast-style itio in partes* e maggioranze separate-concorrenti

Uno dei punti chiave dell'Accordo del Venerdì Santo risiede nel porre il principio del consenso parallelo all'apice del cammino di pacificazione tra unionisti e nazionalisti (principalmente rappresentati dal movimento *Sinn Féin*).

Per comprendere le ragioni del successo dell'Accordo del 1998, rispetto all'obiettivo della cessazione delle violenze, è necessario considerare l'importanza delle procedure deliberative di matrice consensuale nella storia delle pacificazioni costituzionali dei conflitti interreligiosi e interetnici. Una – perlomeno relativa – omogeneità del corpo sociale e dei suoi "interessi vitali" è infatti precondizione necessaria per l'accoglimento sociale della decisione politica, la quale, essendo normalmente adottata per mezzo della regola deliberativa di maggioranza (semplice o assoluta), è spesso intrinsecamente divisiva[23]. In una prospettiva molto generale, l'attenuazione del principio di maggioranza è una caratteristica naturale del costituzionalismo contemporaneo, che combina in diversa misura l'elemento del compromesso con quello della decisione maggioritaria, ma nelle società divise il contenimento della regola di maggioranza nella deliberazione politica deve essere strutturale in ragione di un principio fondamentale di «giustizia costituzionale»[24] e di una necessità imposta dal pluralismo democratico. Nelle comunità fortemente divise dal punto di vista linguistico, etnico e/o religioso, come l'Irlanda del Nord, l'adozione della *majority rule* può infatti comportare la sistematica sopraffazione della maggioranza numerica sulla minoranza identitaria di turno.

Il dibattito tra sostenitori del principio di maggioranza e sostenitori del principio del consenso ha origini antiche ed è ancora oggi sterminato in letteratura[25]; entrambe le posizioni contengono elementi di verità, posto che al rischio della tirannia della maggioranza può contrapporsi il rischio, se non della tirannia della minoranza, perlomeno dell'*impasse* decisionale, come dimostra del resto proprio la cronaca politica nordirlandese

[23] A. VERMEULE, *Absolute Majority Rules*, in *British Journal of Political Science*, vol. 37, n. 4, 2007, pp. 643-658, difende invece il criterio della *absolute majority* come via di mezzo tra *simple majority* e *supermajority* e buon compromesso contro il rischio di tirannia delle minoranze.

[24] Parafrasando, ma in senso contrario, l'opinione di D. BARANGER, *Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens*, in *Jus Politicum*, n. 15, 2016, che invece difende il principio di maggioranza come principio di giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee.

[25] Mi sia permesso rinviare in proposito a M. FRAU, *L'attenuazione del principio maggioritario. Istituti e modelli alternativi al principio deliberativo di maggioranza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

cui si accennerà in seguito. A ciò si aggiunga che il veto (se di tipo corporativo) comporta un incentivo al mantenimento della segmentazione sociale e una potenziale discriminazione nel trattamento di altre minoranze identitarie escluse dal diritto politico speciale[26].

Arend Lijphart, delineando il modello della democrazia consociativa[27], che successivamente ha contrapposto a quello della democrazia maggioritaria[28] – o «modello Westminster» –, ha sottolineato meglio di chiunque altro l'importanza del veto reciproco, insieme ad altri strumenti (governo consociativo di coalizione, principio proporzionale e autonomia dei gruppi), al fine di garantire una gestione appropriata degli interessi contrapposti nelle società divise.

Rispetto all'epilogo della dimensione armata e violenta del conflitto nordirlandese, la comparazione costituzionale diacronica si rivela illuminante sul piano storico, così come lo è la dottrina di Arend Lijphart sul piano politologico. Sebbene nel caso dell'Irlanda del Nord lo scontro tra cattolici e protestanti abbia da tempo assunto una dimensione più moderna e secolarizzata, come contrapposizione tra nazionalisti-repubblicani e unionisti-lealisti, resta il fatto che la matrice originaria di quel conflitto evoca immediatamente l'importanza e l'attualità del riferimento alla procedura decisionale della *itio in partes*, ossia del principale strumento procedurale di pacificazione del conflitto politico tra cattolici e protestanti nel Sacro Romano Impero.

La regola *itio in partes* (andare in parti) fu introdotta dall'articolo V, Paragrafo 52, del Trattato di Osnabrück del 1648, uno dei due trattati di pace in cui si articola la cosiddetta Pace di Vestfalia seguita alla cessazione della terribile Guerra dei Trent'anni.

In base alla procedura *itio in partes*, le decisioni di vitale interesse per le due comunità non potevano essere prese dalla maggioranza numerica dei collegi deliberanti della Dieta Imperiale (gli Elettori, i Principi e le Città), ma dovevano basarsi sul consenso (*amicabilis compositio*) delle due componenti all'interno di ciascun collegio: cioè, il *corpus catholicorum* (presieduto dall'Elettore di Magonza) e il *corpus evangelicorum* (presieduto dall'Elettore di

[26] Per farsi un'idea v., per esempio, U. SCHNECKENER, *Making Power-Sharing Work: Lessons from Successes and Failures in Ethnic Conflict Regulation*, Bremen, Universität Bremen, 2000; J. MCGARRY, B. O'LEARY (eds.), *The Northern Ireland Conflict: Consociational Engagements*, Oxford, Oxford University Press, 2004; J. MCGARRY, B. O'LEARY, *Consociational Theory, Northern Ireland's Conflict, and its Agreement 2. What Critics of Consociation Can Learn from Northern Ireland*, in *Government and Opposition*, vol. 41, n. 2, 2006, pp. 249-277; A. MCCULLOCH, *Power-Sharing and Political Stability in Deeply Divided Societies*, London, Routledge, 2014; ID., *The Use and Abuse of Veto Rights in Power-Sharing Systems: Northern Ireland's Petition of Concern in Comparative Perspective*, in *Government and Opposition*, vol. 53, n. 4, 2018, pp. 735-756; V. BREDA, E.W. O'ROURKE, *Northern Ireland and South Tyrol: Constitutional Boundaries in Consociational Democracies*, in V. BREDA, M. FRAU (eds.), *La contrattazione costituzionale dei livelli di autonomia. Modelli per una comparazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 25-51.

[27] A. LIJPHART, *Consociational Democracy*, in *World Politics*, vol. 21, n. 2, 1969, pp. 207-225; ID., *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven-London, Yale University Press, 1977; ID., *The Power-Sharing Approach*, in J.V. MONTVILLE (ed.), *Conflict and Peacemaking in Multiethnic Societies*, Lexington, Lexington Books, 1990, pp. 491-509; ID., *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*, Abingdon-New York, Routledge, 2008.

[28] A. LIJPHART, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2ª ed., New Haven-London, Yale University Press, 2012.

Sassonia). La regola della maggioranza concorrente delle rappresentanze politiche delle due fazioni religiose all'interno di ciascun collegio implicava un potere interdittivo atto a prevenire gli abusi della maggioranza numerica contro il gruppo minoritario, costringendo entrambe le parti a raggiungere una risoluzione amichevole delle dispute politiche più divisive. Nonostante alcune situazioni critiche emerse nella pratica della procedura e gli scontri politici talora scoppiati all'interno di ciascun corpo, è un dato di fatto che il consenso parallelo introdotto dal Trattato di Osnabrück contribuì a una stabile pacificazione della comunità divisa[29].

Dal punto di vista del diritto comparato, espressioni contemporanee dell'*itio in partes* si possono oggi ritrovare in diverse società post-conflittuali, anche se spesso vengono assimilate impropriamente ad altre tipologie di veto e di maggioranza concorrente. Procedure consociative di vario tipo sono infatti presenti in molti ordinamenti, a livello confederale, federale, statale e regionale (si pensi ai meccanismi di protezione della minoranza linguistica altoatesina in Italia). Nello specifico, vi è un'affinità evidente tra l'*itio in partes* e la procedura del *cross-community support* introdotta in Irlanda del Nord dall'Accordo del Venerdì Santo, sebbene meccanismi analoghi si ritrovino anche in altri ordinamenti, come ad esempio in alcuni sistemi balcanici, nella Costituzione belga (in particolare agli articoli 4, 43 e soprattutto 54, relativo alla *sonnette d'alarme*) e nella Costituzione cipriota (all'articolo 78, paragrafo 2, ad oggi inapplicato).

numero 1/2024

Come fece il Trattato di Osnabrück del 1648, l'Accordo del Venerdì Santo ha configurato un diritto di veto mutuale-corporativo attribuito a ciascuna delle due componenti in cui si suddivide l'Assemblea rappresentativa in base al fattore intercomunitario (*cross community basis*). In estrema sintesi, lo scopo di dividere l'Assemblea dell'Irlanda del Nord in due *corpora* distinti, subordinando l'approvazione delle decisioni più delicate al consenso (*amicabilis compositio*) delle relative maggioranze concorrenti, rimane lo stesso di un tempo: garantire, per quanto riguarda le materie sensibili per i gruppi identitari, un peso uguale delle distinte rappresentanze e un potere interdittivo reciproco volto a proteggere gli interessi vitali di ciascun gruppo dai possibili soprusi della maggioranza numerica *pro tempore*, favorendo la negoziazione politica e il compromesso.

Per quanto riguarda l'aspetto procedurale – dettagliatamente descritto nelle sezioni 4 e 42 del *Northern Ireland Act* del 1998 e successive modifiche (2006, 2014 e 2022) – le decisioni politiche più rilevanti dell'Assemblea nordirlandese devono essere approvate da una maggioranza dei votanti inclusiva al contempo sia della maggioranza dei *designated Nationalists* sia della maggioranza dei *designated Unionists* (procedura del *parallel consent*); alternativamente, l'approvazione richiede una soglia più bassa di consenso parallelo, ossia una minoranza qualificata concorrente del 40% di unionisti e nazionalisti, in presenza di

[29] Come sottolinea M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania. Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800 (1988)*, Milano, Giuffré, 2008, p. 277: «L'antiquata costituzione imperiale, "goticamente" complessa, favorevole alle forze più deboli, ma nell'insieme ancora fonte di grandi energie politiche, godé dal 1648 al 1806 di una tranquillità in forte contrasto con i violenti conflitti della guerra di successione spagnola, della guerra di Slesia e di quella dei Sette Anni».

una maggioranza qualificata complessiva del 60% dei votanti (procedura della *weighted majority*, o maggioranza qualificata ponderata)[30].

La procedura deliberativa in questione viene rafforzata tramite il meccanismo delle *petitions of concern* disciplinato dalla sezione 42 del *Northern Ireland Act* del 1998, che permette a trenta membri dell'Assemblea legislativa nordirlandese di sollevare una petizione relativa all'oggetto di una delibera, con la conseguente applicazione della procedura descritta («*the vote on that matter shall require cross-community support*»). Il *Northern Ireland (Miscellaneous Provisions) Act* del 2014 ha aggiunto una sezione 7A al *Northern Ireland Act* del 1998 estendendo l'ambito di applicazione dell'istituto («*The Assembly shall not pass a relevant Bill without cross-community support*»). Ulteriori modifiche, volte a migliorare specifici profili procedurali, sono state introdotte dal *Northern Ireland (Ministers, Elections and Petitions of Concern) Act* del 2022.

In Irlanda del Nord, come in altre esperienze istituzionali basate sulla divisione etnica o identitaria, la formula consociativa non si limita al solo ramo legislativo, ma permea l'intero assetto istituzionale, coinvolgendo anche l'Esecutivo, organo parallelo all'Assemblea dell'Irlanda del Nord. In questo contesto, il dualismo si manifesta in particolare al vertice, dove le figure del *First Minister* e del *deputy First Minister* operano in un rapporto di piena parità funzionale, dando vita a un modello consociativo di tipo duumvirale. Questo assetto richiama – pur con le dovute differenze – quello previsto per la presidenza bicefala dello Stato cipriota[31], dove tuttavia il ruolo di Presidente è riservato a un greco-cipriota e quello di Vicepresidente a un turco-cipriota. Un discorso parzialmente simile vale per la presidenza collegiale della Bosnia ed Erzegovina, che prevede un triumvirato composto da rappresentanti delle tre principali comunità etniche[32].

In origine, i candidati alla carica di *First Minister* e di *deputy First Minister* dovevano presentarsi congiuntamente, ottenendo l'approvazione sia della maggioranza complessiva dell'Assemblea sia di una maggioranza concorrente all'interno dei due blocchi nazionalista e unionista. Tale meccanismo è stato modificato dal *Northern Ireland (St Andrews Agreement) Act* del 2006, che ha eliminato l'obbligo della candidatura congiunta, mantenendo la regola secondo cui le due cariche devono essere attribuite a rappresentanti delle due distinte *constituencies* identitarie[33]. Nonostante la differenza nella denominazione, Primo Ministro e Vice Primo Ministro esercitano identiche funzioni, operano in un regime di piena coreggenza e sono tenuti a cooperare strettamente, in particolare per facilitare il raggiungimento del consenso tra le rispettive comunità; le loro posizioni istituzionali sono

[30] Da una prospettiva puramente teoretica, si tratta di un equilibrio ben congegnato tra, da un lato, la regola della *supermajority* (o *qualified majority*), con il suo portato intrinseco di *liberal-mutual veto* (la maggioranza concorrente universalista e liberale, secondo l'attualissima dottrina di John C. Calhoun), e, dall'altro, la regola delle *separate-concurrent majorities*, con il suo significato costituzionale di veto binario identitario e corporativo.

[31] Sul peculiare sistema di governo cipriota si rimanda a F. LONGO, *Un sistema presidenziale atipico: il caso di Cipro*, in *DPCE Online*, n. 1, 2023, pp. 1081-1100.

[32] Per un approfondimento sulla Costituzione di Dayton e sulla relativa attuazione, si veda S. BAGNATO, *L'appartenenza etnica in Bosnia-Erzegovina: riflessioni sul sistema elettorale*, in R. TARCHI et al. (a cura di), *Dinamiche delle forme di governo e sistemi elettorali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2025, pp. 143-164.

[33] V. la sezione 16A e la sezione 18 del *Northern Ireland Act* del 1998, modificato nel 2006 e da ultimo nel 2022.

strettamente interdipendenti, poiché la cessazione dell'incarico di uno implica automaticamente la cessazione dell'altro[34].

La sezione 20 del *Northern Ireland Act* stabilisce l'istituzione di un Comitato esecutivo (*Executive Committee*) composto dal Primo ministro, dal Vice Primo ministro e dai ministri, chiamato a trattare le questioni controverse o quelle deferite congiuntamente dai due vertici dell'esecutivo. Il *Ministerial Code* chiarisce poi che il Comitato esecutivo decide, sin dove è possibile, per consenso e che, ove non sia possibile raggiungere il consenso (aprendosi così la strada alla regola deliberativa della maggioranza semplice), tre membri del Comitato possono richiedere che, qualora la questione sia ritenuta di rilevanza comunitaria, la votazione avvenga secondo il principio del *cross-community support*, come avviene per le decisioni rilevanti dell'Assemblea[35].

Passando dal dato normativo al funzionamento dinamico del sistema in discorso, nella cronaca costituzionale nordirlandese si sono registrate difficoltà nella formazione del governo condiviso che hanno spesso portato a situazioni di paralisi istituzionale, una delle quali è emblematica: le dimissioni nel 2017 del Vice Primo Ministro Martin McGuinness (*Sinn Féin*) hanno innescato uno stallo politico che si è protratto per quasi tre anni, fino al gennaio 2020, quando è stato raggiunto un nuovo accordo (*New Decade, New Approach*), consentendo la ripresa delle attività dell'Esecutivo e dell'Assemblea dell'Irlanda del Nord. Tale *impasse* ha evidenziato le debolezze strutturali del sistema consociativo nordirlandese, in cui il funzionamento del governo dipende dalla cooperazione continua dei principali partiti unionisti e nazionalisti. In quest'ottica è intervenuto il *Northern Ireland (Ministers, Elections and Petitions of Concern) Act* del 2022, che *inter alia* ha razionalizzato la procedura e contingentato i tempi per arrivare alla nomina dei ministri dell'*Executive Committee*.

Anche durante i periodi di regolare funzionamento degli organi di governo, non sono mancate crisi legate alla perdita del "consenso continuo simultaneo" tra i principali partiti. Esempi significativi sono dati dal rifiuto del *Sinn Féin* nel 2015 di attuare la riforma del welfare nonché, nello stesso anno, le serie preoccupazioni del *Democratic Unionist Party* (DUP) riguardo all'omicidio di Kevin McGuigan, ritenuto collegato all'*Irish Republican Army* (IRA), circostanza questa che poneva in dubbio la fine effettiva delle attività paramilitari repubblicane, e le conseguenti tensioni sulla tenuta dell'equilibrio di governo.

La situazione di stallo più recente si è verificata nel 2022, quando le divergenze inerenti al Protocollo sull'Irlanda del Nord hanno portato a tensioni con il DUP sfociate in un nuovo blocco istituzionale. Questa crisi si è prolungata fino al 2024, quando l'impasse è stato superato con l'elezione di Michelle O'Neill (*Sinn Féin*) come *First Minister*. Tale passaggio ha segnato una svolta storica: l'elezione per la prima volta di un leader nazionalista alla guida del governo nordirlandese riflette infatti il cambiamento politico in atto nella regione, certificato già nel 2022 dal sorpasso elettorale del partito *Sinn Féin* (nazionalista-repubblicano) sul DUP (unionista-lealista).

---

[34] V. la sezione 18 del *Northern Ireland Act*.

[35] V. la sezione 2.12 del *Northern Ireland Ministerial Code* («*as provided for in paragraph 4 of Schedule 1 to the Northern Ireland (St Andrews Agreement) Act 2006*»).

Si deve aggiungere che la specialità della democrazia parlamentare nordirlandese, rispetto al *Westminster model*, è enfatizzata dall'adozione di un sistema proporzionale a voto singolo trasferibile per l'elezione dei componenti dell'Assemblea dell'Irlanda del Nord (mentre il Parlamento scozzese e il *Senedd* gallese sono eletti mediante sistemi elettorali misti maggioritari-proporzionali).

Come ultima specialità di tipo istituzionale, va annoverata la funzione consultiva della già citata *British-Irish Intergovernmental Conference* rispetto alle materie *reserved* o *excepted* di competenza del Regno Unito che possono incidere sugli interessi nordirlandesi. Opera invece su di un piano differente lo strumento – parimenti consociativo – della *legislative consent motion*. Questo deriva dalla *Sewel Convention*[36] e agisce come una sorta di *soft-veto power* esteso a tutte le *devolved Legislatures* del Regno Unito a protezione delle competenze devolute[37]. La procedura, che è stata successivamente disciplinata dallo *Scotland Act* del 2016 e dallo *Wales Act* del 2017 (mentre in Irlanda del Nord è prevista dal regolamento interno dell'Assemblea)[38], non ha tuttavia avuto un'incidenza omogenea. Il problema del trattamento asimmetrico delle *devolved Legislatures* rispetto alla facoltà di contrattazione permanente dei livelli di autonomia è divenuto ancor più evidente in seguito alle implicazioni della Brexit proprio perché in Irlanda del Nord il potere devoluto vanta un fondamento distinto sul piano costituzionale. Quelle che Michael Keating definisce come le modalità «confusamente differenti»[39] con cui nel Regno Unito è stata affrontata la questione del consenso nelle varie esperienze di *devolution* si spiegano pertanto, almeno nel caso dell'autogoverno nordirlandese, in ragione dell'incomprimibile specialità costituzionale di quest'ultimo.

Tirando le fila del discorso, e in conclusione, il parlamentarismo di Stormont non solo si configura come un modello di democrazia consociativa in netta discontinuità con la tradizione maggioritaria propria del moderno sistema parlamentare britannico, ma l'Assemblea che ne è espressione può altresì rivendicare un potere di negoziazione della propria sfera di autonomia incomparabile a quello delle altre *devolved Legislatures*.

---

[36] La *Sewel Convention* deriva dalla regola di politica legislativa indicata da Lord Sewel il 21 luglio 1998 in occasione dell'approvazione dello *Scotland Bill*: «[…] *we would expect a convention to be established that Westminster would not normally legislate with regard to devolved matters in Scotland without the consent of the Scottish parliament*». Ne deriva lo strumento della *legislative consent motion* (che in Scozia continua a chiamarsi *Sewel motion*). B. WINETROBE, *A Partnership of Parliaments? Scottish law-making under the Sewel Convention at Westminster and Holyrood*, in R. HAZELL, R. RAWLINGS (eds.), *Devolution, Law Making and the Constitution*, Exeter, Imprint Academic, 2005, p. 39 e ss., osserva che la contrattazione avviene più in sede governativa che in sede parlamentare.

[37] La convenzione afferma infatti che il Parlamento inglese «normalmente» si astiene dal legiferare nelle materie devolute al Parlamento scozzese, al Parlamento gallese (*Senedd Cymru*) e all'Assemblea dell'Irlanda del Nord senza l'approvazione, da parte loro, di una *legislative consent motion*.

[38] Cfr. la sezione 28(8) dello *Scotland Act* 1998, come modificata dalla sezione 2 dello *Scotland Act* 2016, e la sezione 107(6) del *Government of Wales Act* 2006, come modificata dalla sezione 2 del *Wales Act* 2017, con riferimento al *Senedd* gallese. Per l'Irlanda del Nord, v. lo *Standing Order* 42A dell'Assemblea.

[39] M. KEATING, *State and Nation in the United Kingdom: The Fractured Union*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 65.

5. La specialità dello statuto costituzionale dei diritti fondamentali: il villaggio di Asterix

Esattamente come una Costituzione, l'Accordo del Venerdì Santo del 1998 contiene, oltre a una parte dedicata all'organizzazione dei poteri, anche una parte dedicata al catalogo dei diritti (*Rights, Safeguards and Equality of Opportunity*). Gli impegni (*commitments*) del *British-Irish Agreement* contemplati nella sezione dedicata ai diritti umani e all'uguaglianza possono essere infatti interpretati come il disegno programmatico atto a ricostruire un *Bill of Rights* dell'Irlanda del Nord non meno "speciale" (rispetto alla Costituzione britannica) della forma di governo consociativa di cui si è trattato nel paragrafo precedente. Il fatto che il *Northern Ireland Bill of Rights* non sia stato ad oggi ancora approvato incide sulla mancata configurazione di alcuni diritti speciali connessi alle peculiarità etniche, storiche e culturali, ma non ha impedito alle norme costituzionali del *Belfast Agreement* di sortire effetti sostanziali nel diritto vivente. Del resto, la specialità costituzionale dello statuto dei diritti fondamentali dell'Irlanda del Nord è manifesta in tre elementi: la peculiare configurazione del principio di uguaglianza, con standard più stringenti e codificati che nel resto del Regno Unito; l'eccezionale apertura internazionale del catalogo dei diritti, con l'obbligo di *compliance* alla CEDU (che ha condotto alla sua incorporazione nel Regno Unito mediante lo *Human Rights Act* del 1998) e con l'influenza "funzionale" e residuale della CDFUE (post Brexit); infine, la clausola di non regresso (*no diminuition*) dei livelli di protezione dei diritti (post Brexit), come riconosciuto dall'articolo 2 del *Northern Ireland Protocol* e come imposto a monte dall'Accordo del Venerdì Santo, ovvero dalla "Costituzione di Belfast".

L'apparato istituzionale connesso a questo complesso sistema di protezione speciale dei diritti nello spazio giuridico nordirlandese è non meno rilevante e peculiare. Ne sono espressione, tra l'altro, la *Northern Ireland Human Rights Commission* – dotata di un peculiare mandato costituzionale di cui è priva la *Scottish Human Rights Commission*[40] – e la *Equality Commission for Northern Ireland*, nonché il *Joint Committee of the Human Rights Commissions on the island of Ireland*. Quest'ultimo è sia un ponte istituzionale tra le commissioni per i diritti umani presenti nel Nord e nel Sud dell'Isola sia un ponte costituzionale che permette la circolazione-contaminazione dei rispettivi modelli e bagagli normativi con esiti tangibili nella soluzione di varie questioni, da ultimo anche quelle relative all'impatto della Brexit (posto che oggi l'organo ha anche il compito di monitorare l'attuazione dell'art. 2 del *Northern Ireland Protocol*). D'altro canto, l'Accordo del 1998 contiene il concetto di "equivalenza", in ragione del quale l'ordinamento irlandese è tenuto a garantire un livello

[40] La *Equality and Human Rights Commission*, a livello di Regno Unito, è affiancata alla *Northern Ireland Human Rights Commission*, creata nel 1999 in virtù di uno specifico punto programmatico del *Good Friday Agreement*. Quest'ultima commissione regionale ha pertanto una vocazione costituzionale peculiare ed è incomparabile alla (apparentemente) consimile istituzione regionale della *Scottish Human Rights Commission*, dotata di una funzione meramente ausiliaria e non di una funzione costituzionale "speciale" come nel caso dell'omologa nordirlandese. Lo rivela indirettamente anche il motto della *Equality and Human Rights Commission* del Regno Unito («*Using our powers to defend your freedom and promote a fairer England, Scotland and Wales*») in cui si menzionano le altre tre nazioni ma non l'Irlanda del Nord, stante appunto il suo *status* speciale.

di protezione dei diritti umani almeno equivalente a quello stabilito nell'Irlanda del Nord. La clausola di equivalenza ha finito per operare come un principio di portata generale che favorisce una competizione costruttiva nella tutela dei diritti a beneficio di tutti i residenti dell'Isola, prevenendo le conseguenze negative della possibile divergenza delle due distinte giurisdizioni.

Come si accennava, lo *Human Rights Act* del 1998 ha permesso l'applicazione della CEDU nell'ordinamento interno (il Regno Unito è un sistema dualista) anche allo scopo di dare seguito a un impegno assunto con il coevo *Belfast Agreement*, al quale un'attenta dottrina lo lega infatti a doppio filo[41]. Sicché l'Accordo del 1998 ha finito per comportare mutamenti costituzionali significativi nell'ambito della protezione dei diritti anche nel resto del Regno Unito. Il fallimento della proposta di far approvare un *British Bill of Rights* in sostituzione del vigente *Human Rights Act* (come si prefiggeva, ad esempio, il manifesto del partito conservatore del 2015) si spiega non già in ragione di un peculiare valore giuridico di quest'ultimo, ma in ragione del fatto che lo *Human Rights Act*, al pari del coevo *Northern Ireland Act*, rappresenta nel senso pocanzi precisato un atto attuativo della "Costituzione di Belfast", ossia del *Good Friday Agreement*. Nulla infatti impedirebbe alla maggioranza del Parlamento britannico di approvare una Carta dei diritti del Regno Unito sostitutiva dello *Human Rights Act*, trattandosi di successione temporale di due leggi (o, per chi ama questo ormai fragile distinguo giurisprudenziale, di un'esplicita successione di due *constitutional statute laws* del Regno Unito)[42]. La difficoltà nasce dal fatto che qualsiasi riforma che abrogasse o modificasse l'HRA metterebbe a rischio l'architettura costituzionale nordirlandese e violerebbe gli impegni internazionali del Regno Unito.

In seguito allo *EU-UK Withdrawal Agreement* e al *Northern Ireland Protocol*, la questione della specialità dello statuto costituzionale dei diritti fondamentali dell'Irlanda del Nord è tornata centrale. Ciò a causa dell'influenza che il diritto dell'Unione europea continua a esercitare nell'Ulster per effetto dell'articolo 4 del *Withdrawal Agreement* e della *non-diminuition provision* di cui all'articolo 2(1) del *Windsor Framework*, nonché della dislocazione di una barriera doganale nel tratto di mare tra la Scozia e l'Irlanda del Nord, volta a evitare la reintroduzione di una frontiera rigida tra le due Irlande[43].

---

[41] C. HARVEY, *Northern Ireland and a Bill of Rights for the United Kingdom*, cit., descrive molto bene come la difficoltà di sostituire lo *Human Rights Act* del 1998, resa manifesta dal fallimento del ricorrente tentativo di rimpiazzarlo con un *British Bill of Rights* deriva anche dalla circostanza che lo *Human Rights Act* del 1998 è sostanzialmente coessenziale allo statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord.

[42] La distinzione in parola – che ha "stregato" molta parte dottrina – ha preso piede a partire dal caso *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), ma oggi sembra scricchiolare sotto il peso del caso *Allister* ([2023] UKSC 5). Difende la solidità della dottrina dei *constitutional statutes* (che in sostanza si traduce in un onere di "emendamento esplicito" come unica forma di aggravamento procedimentale), B. BARBISAN, *La coda che scodinzola il cane. Il* Northern Ireland Protocol *al vaglio della Corte Suprema del Regno Unito nel caso* Allister v. Secretary of State *(2023)*, in *Questa Rivista*, n. 1, 2024, p. 168 e ss., che dedica alla pronuncia *Allister* un'attenta lettura.

[43] Sul connesso "trilemma" si rinvia a G. CARAVALE, *L'irrisolvibile "trilemma" del Nord Irlanda*, in *Nomos*, n. 1, 2022, pp. 1-16, ed E. STRADELLA, *Riflessioni sullo stato della* devolution *nell'Irlanda del Nord*, cit.

In base al *Northern Ireland Protocol*, come revisionato nel 2019, nonché tramite il citato *Windsor Framework* (2023), l'Irlanda del Nord dovrebbe osservare le norme del mercato unico europeo allo scopo di favorire la libera circolazione delle merci nell'Isola: un cavallo di Troia che permette, surrettiziamente, un'applicazione circoscritta di varie branche del diritto dell'UE nello spazio giuridico nordirlandese, enfatizzando il distacco politico e giuridico della Costituzione dell'Irlanda del Nord da quella del Regno Unito. In un recente contributo pubblicato su *Northern Ireland Legal Quarterly* è stato evocato il villaggio di Asterix per descrivere l'Irlanda del Nord come una sorta di enclave territoriale del diritto sovranazionale europeo, nella quale continua ad applicarsi, in termini "funzionali", anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)[44].

Va detto che in risposta alle preoccupazioni degli unionisti e dei lealisti il Parlamento di Westminster ha adottato alcune misure legislative (come la sezione 5(4) del *European Union (Withdrawal) Act* del 2018 e, in seguito, la sezione 4 del *Retained EU Law (Revocation and Reform) Act* del 2023) che, teoricamente, potrebbero contrastare gli effetti del *Withdrawal Agreement* e del *Windsor Framework* anche in relazione allo speciale rapporto dell'Irlanda del Nord con l'Unione europea, in particolare rispetto all'applicabilità della CDFUE e dei principi generali dell'UE nel diritto interno del Regno Unito dopo il 1° gennaio 2024. Nondimeno, un intreccio di altre disposizioni (tra cui quelle dello stesso *Retained EU Law (Revocation and Reform) Act* del 2023, che ha previsto alcune importanti eccezioni per le disposizioni relative agli Accordi di separazione) finisce a sua volta per "limitare i limiti" di penetrazione del diritto UE nel contesto dell'Irlanda del Nord[45].

Più in generale e sorvolando sui "rompicapo" normativistici[46], le conseguenze della Brexit sulla devoluzione dei poteri in Irlanda del Nord sono molto complesse e sono state scandite, negli ultimi anni, da un coacervo di atti, protocolli, casi e pronunce giudiziali in cui, alla riaffermazione formale del principio della sovranità parlamentare del Regno Unito (a cominciare dalla sentenza *Miller*), si è alternata la fattuale conferma della specialità costituzionale nordirlandese in un saliscendi vertiginoso, benché sempre coerente in punta di diritto. È un tema di cui si sono già approfonditamente occupati diversi saggi, alcuni dei

[44] V. A. Deb, E. Frantziou, T. Lock, *The EU Charter of Fundamental Rights in Northern Ireland under the Windsor Framework*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 75, n. 3, 2024, pp. 488-521.

[45] Il combinato disposto della sezione 7A dell'EUWA 2018 (aggiunta dal *European Union (Withdrawal Agreement) Act* 2020) e dell'articolo 4 del Protocollo limita gli effetti delle sezioni 5(4) e 5(5) del medesimo EUWA 2018 e del paragrafo 3 dell'Allegato 1 dello stesso atto, che limitano l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali e dei principi generali del diritto dell'UE dopo l'uscita del Regno Unito. Si può inoltre affermare che l'articolo 4 del *Withdrawal Agreement*, nella misura in cui conferisce effetto diretto e primato alle disposizioni dell'accordo che si basano sul diritto dell'UE, consente che i principi e i diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, come interpretati dalla Corte di giustizia, continuino a produrre effetti nei settori e territori (quali l'Irlanda del Nord) in cui il diritto dell'UE resta applicabile. A ciò si aggiunge la clausola di non regressione di cui all'articolo 2(1) del *Windsor Framework*, la cui portata va interpretata alla luce dell'ambito di applicazione tanto del diritto dell'UE quanto dell'Accordo di Belfast del 1998, come chiarito dalla *Northern Ireland Court of Appeal* nella decisione *SPUC v Secretary of State for Northern Ireland and Others* [2023].

[46] Per i quali v. A. Deb, E. Frantziou, T. Lock, *op. cit.*, pp. 488-521.

quali apparsi proprio su questa Rivista, e ad essi pertanto qui si rinvia[47]. Si può solo ricordare che l'ultima tappa di questa vicenda è il *Windsor Framework* del 2023, che istituisce un doppio regime di controlli doganali all'interno del Regno Unito (*Green Lane* e *Red Lane*) e introduce il c.d. *Stormont Brake*, ossia un nuovo potere interdittivo riconducibile al diritto di autodeterminazione del popolo nordirlandese ed esercitabile tramite la consueta procedura *cross-community support* al fine di impedire l'applicazione di regole giuridiche dell'Unione reputate lesive degli interessi territoriali. Una riconferma, dunque, della specialità costituzionale nordirlandese[48].

L'applicabilità (relativa e "funzionale") del diritto dell'Unione europea nello spazio giuridico nordirlandese si può spiegare con due diverse narrazioni e due diversi registri: quello del formalismo giuridico britannico – assistito dalle parole magiche "*devolution* asimmetrica" e "*Parliamentary Sovereignty*" – e quello della specialità costituzionale dell'ordinamento nordirlandese che si poggia sulla solida, almeno per ora, "Costituzione di Belfast".

A dispetto delle raffinate argomentazioni giuridico-formali con cui le corti sono faticosamente riuscite a ricondurre il paradosso nordirlandese all'interno della volontà del Parlamento di Westminster, resta il fatto che la specialità costituzionale delle Sei Contee non deriva da alcuna *statute law* del Regno Unito – poco importa se *ordinary* o *constitutional* in base alla fragile dottrina interpretativa dei *constitutional statutes* – ma piuttosto, e ancora una volta, dalla "Costituzione di Belfast" del 1998, la quale finisce per operare come un limite tacito e fattuale allo stesso principio della *Parliamentary Sovereignty* (seppure tornato a risplendere con rinnovato fulgore dopo la Brexit)[49].

6. Conclusioni

La specialità dello statuto costituzionale nordirlandese risiede in un insieme indissociabile di caratteri genetici, tra cui spiccano lo *shared government* inter-statuale (di Irlanda e Regno Unito), il consenso parallelo come regola speciale di democrazia domestica (in deroga al principio maggioritario che informa di sé la Costituzione del Regno Unito) e il regime speciale dei diritti fondamentali. Al contempo, questo peculiare ordine costituzionale si regge formalmente sulla volontà del Parlamento di Westminster, donde lo sforzo ormai ultraventennale di ogni narrazione giuridica ufficiale – da ultimo quella della UKSC nel caso *Allister*[50] – di far rientrare le incomprimibili specialità dell'ordinamento multipolare nordirlandese all'interno del granitico super-principio costituzionale della *Parliamentary Sovereignty* di Westminster.

[47] B. BARBISAN, *La coda che scodinzola il cane. Il* Northern Ireland Protocol *al vaglio della Corte Suprema del Regno Unito nel caso* Allister v. Secretary of State *(2023)*, in *Questa Rivista*, n. 1, 2024, pp. 168 ss.; G. CARAVALE, *Il Nord Irlanda: un problema della Brexit di difficile soluzione*, in *Nomos*, n. 1, 2021, pp. 1-17.

[48] V. E. STRADELLA, *Riflessioni sullo stato della* devolution *nell'Irlanda del Nord*, cit.

[49] Sul tema v. C. HARVEY, *The 1998 Agreement*, cit., p. 21 e ss.

[50] [2023] UKSC 5.

La sostanza delle cose sembra tuttavia suggerire una lettura diversa e parallela, che vede scaturire la specialità dello statuto dell'Irlanda del Nord direttamente dall'Accordo del Venerdì Santo come esito intermedio di un processo costituente complesso e aperto. Ne discende una (autentica) rigidità costituzionale del *Belfast Agreement* legata a tre fattori complementari: la dimensione confederale e internazionale dell'Accordo (*pacta sunt servanda*); la sua inscindibile ed esplicita interconnessione normativa con alcuni principi fondamentali della Costituzione della Repubblica d'Irlanda; il nesso con il costituzionalismo sovranazionale europeo; da ultimo, ma non per importanza, la natura sostanzialmente costituente del processo deliberativo in relazione al diritto di autodeterminazione dei popoli irlandesi.

Il valore intrinseco del *Belfast Agreement* è simile, anche se solo per alcuni limitati aspetti, a quello che i costituzionalisti statunitensi riconoscono alla Dichiarazione di Indipendenza: un testo costituzionale che, seppur privo dell'efficacia giuridica della futura Costituzione federale, ne è la premessa normativa fondante e formante; come la Dichiarazione del 1776, anche l'Accordo del Venerdì Santo presuppone ma non esaurisce l'esercizio del potere costituente, essendo lo sbocco costituzionale di una tappa fondamentale del *federalizing process*.

Seguendo questa impostazione si può provare a tornare a riflettere sul dilemma che attiene al significato della *devolution* intesa come fenomeno di complessivo mutamento della Costituzione britannica. Alessandro Torre sintetizza i termini del dilemma in questione alludendo alla contrapposizione tra «un punto di vista riduzionistico» – per cui «la *devolution* che interessa sia le nazionalità interne sia le grandi zone amministrative inglesi è una delle tante tessere di un mosaico costituzionale invariabilmente incatenato alla propria evolutività, ed i suoi effetti saranno presto riassorbiti nel quadro del sistema parlamentare a configurazione tradizionale», omogeneizzandoli alla tradizione costituzionale di derivazione inglese – e un punto di vista olistico, guardando cioè a una ipotetica «rivoluzione costituzionale» foriera di «grandi mutamenti costituzionali e probabilmente anche [della] transizione verso una inedita forma di stato»[51].

Dopo circa un quarto di secolo dalla *devolution of powers* blairiana – e considerando il tenore "conservativo" di alcune pronunce della UKSC, come la sentenza *Miller*[52] o la sentenza sull'*IndyRef2 bill*[53] – sembra potersi dire che la prima chiave di lettura si sia rivelata confacente allo sviluppo della devoluzione in tutto il Regno Unito fuorché nell'Ulster; mentre la seconda chiave di lettura spiega bene proprio la specialità dell'Irlanda del Nord, ove la «rivoluzione costituzionale» sicuramente vi è stata, ma è scaturita non già dalla *devolution* (che qui è solo la punta dell'*iceberg*) bensì dalla "Costituzione di Belfast", dalla sua

[51] Parafrasando A. TORRE, *Uno Stato unitario a geometria variabile. Asimmetrie della politica, delle istituzioni e dei diritti nella* devolution *del Regno Unito*, Relazione tenuta al Convegno internazionale *Unione europea e autonomie regionali – Prospettive per una Costituzione europea*, Università degli Studi di Trieste, 24-25 ottobre 2002, in www.astrid-online.it, pp. 2-4.

[52] [2017] UKSC 5.

[53] [2022] UKSC 31.

dimensione confederale, dalla sua vocazione federalista e dalla sue ragioni storiche più profonde (risalenti alla *Plantation of Ulster*).

In altre parole, il patto del 1998 non ha sancito soltanto un compromesso politico di storica importanza sulla *home rule* dell'Irlanda del Nord, ma ha finito per rappresentare il *big bang* costituzionale da cui origina un ordinamento giuridico semi-indipendente dal Regno Unito e, *de facto*, parzialmente impermeabile alla sua sovranità. È un processo costituente che può subire battute d'arresto ma che non può marciare all'indietro. Difficilmente condurrà alla riunificazione dell'Isola, poiché lo impedisce l'ineliminabile carattere binazionale del "popolo" nordirlandese, ma è probabile che proseguirà nel segno di una semi-indipendenza costituzionale dal Regno Unito.

numero 1/2024

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-096

costituzionalismo britannico e irlandese

Rapporti con l'Unione Europea

Intelligenza artificiale: regolare o non regolare? Un'analisi comparata tra l'approccio europeo e quello britannico

Matteo Vecchi
Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Pisa

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Intelligenza artificiale: regolare o non regolare? Un'analisi comparata tra l'approccio europeo e quello britannico**

di Matteo Vecchi*

Abstract (Ita): All'interno dell'attuale mutevole contesto geopolitico, la regolamentazione in materia di intelligenza artificiale (IA) dovrebbe tendere alla ricerca di un equilibrio in grado di conciliare i rischi della tecnologia e i suoi benefici, consentendo un'innovazione utile e da svolgersi entro confini che garantiscano al medesimo tempo la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti fondamentali. La legge europea sull'intelligenza artificiale (c.d. AI Act) attribuisce ai vari sistemi una serie di standard normativi in base alla loro posizione sulla scala dei rischi, mentre l'approccio del Regno Unito favorisce una normativa gradata, che ricerca il punto di equilibrio (quasi) esclusivamente nei mercati e nel confronto competitivo, anche fra le stesse agenzie governative. Se ad oggi la normativa europea è in difficoltà sul versante dell'adattamento alle nuove tecnologie, l'approccio del Regno Unito - seppur ondivago - può rappresentare un interessante terreno di comparazione.

Abstract (Eng): In the current evolving geopolitical landscape, the regulation of artificial intelligence (AI) should strive to achieve a balance capable of reconciling the risks of the technology with its benefits, enabling useful innovation while ensuring boundaries that at the same time can protect and promote fundamental rights. The European artificial intelligence law (so-called AI Act) assigns a series of regulatory standards to various systems based on their position on the risk factor, whereas the United Kingdom's approach favors a tiered regulation, seeking the point of equilibrium (almost) exclusively within markets and competitive dynamics, even among government agencies themselves. While European regulation currently faces challenges in adapting to new technologies, the United Kingdom's approach – albeit fluctuating – may represent an interesting ground for comparison.

Parole chiave: Regno Unito; Intelligenza Artificiale; Unione europea

Keywords: United Kingdom; Artificial Intelligence; European Union

1. Introduzione

Il presente contributo intende fornire una panoramica circa i diversi approcci legati all'approvazione di leggi quadro e regolamentazioni a carattere sovranazionale in materia di gestione ed implementazione dei sistemi di intelligenza artificiale, con particolare riguardo alla ondivaga posizione in materia del Regno Unito che, complice la Brexit, si trova in una "terra di mezzo" tra gli Stati Uniti – che hanno adottato un approccio molto più orientato al *laissez-faire* (e alle sue auspicate ricadute di carattere economico) – e l'Unione europea, che pone come perno della regolazione l'essere umano e mostra un approccio basato sul rischio e sulla salvaguardia dei diritti fondamentali. A tal proposito si osserva che il metodo di classificazione del rischio altro non è che il risultato dell'adesione dell'UE alle legislazioni sulla sicurezza dei prodotti che stabiliscono standard a livello sovranazionale, con obiettivi limitati di tutela della salute e protezione dei consumatori[1].

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Pisa

[1] Si fa particolare riferimento al Regolamento (UE) 2023/988 del 10 maggio 2023 – *General Product Safety Regulation* (GPSR), relativo alla sicurezza generale dei prodotti, che ha l'obiettivo di migliorare il funzionamento del mercato interno, garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori. Il regolamento è operante dal 13 dicembre 2024 in tutti i Paesi membri dell'Unione Europea e consultabile dal sito https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/988/oj/eng.

Successivamente alle elezioni presidenziali statunitensi del 2024, il Regno Unito si è trovato dinanzi un'alleanza transatlantica visibilmente fratturata, in quanto gli Stati Uniti e l'Unione europea si stanno muovendo in direzioni opposte in materia di commercio e sicurezza[2]. Nell'ambito di tale mutato contesto geopolitico, il Regno Unito ha riproposto la strategia della c.d. *Global Britain*[3], slogan che sottende all'intenzione del Paese di riposizionarsi sul mercato globale come attore politico ed economico energico e indipendente. Dopo la Brexit, infatti, per il Regno Unito è diventato tassativo ridefinire il proprio rapporto con l'Unione europea (principalmente attraverso la negoziazione di una posizione di Paese terzo) e reimpostare i propri obiettivi di politica estera e di sicurezza, ampliandoli e rafforzando l'identità, il ruolo e la dimensione della Gran Bretagna come potenza euro-atlantica.

Tuttavia, il Regno Unito sembra sperare di trovare un percorso comune con gli Stati Uniti per creare un nucleo geostrategico dell'IA, non dissimile dal dominio del capitale finanziario anglo-americano, incentrato sul flusso e sulla finanziarizzazione dei dati[4]. Il governo britannico è quindi intenzionato a raggiungere con gli USA un accordo economico sull'IA, ma questo potrebbe compromettere la sua indipendenza normativa in materia di rischi di mercato, sicurezza dei consumatori e concorrenza. Diversamente, l'approccio dell'UE alla regolamentazione dell'IA è stato solidamente incentrato sul sostegno all'IA "etica" e alla tutela dei diritti umani[5], bilanciando al contempo la necessità di interoperabilità con le grandi imprese tecnologiche statunitensi.

Come vedremo nei prossimi paragrafi, nella speranza di stimolare la crescita del settore, l'approccio del Regno Unito intende sviluppare quadri specifici, governati da principi

[2] Durante la presidenza Biden è emerso un interesse strategico per la cooperazione globale sulla governance dell'IA. Si pensi all'*Executive Order 14110* per lo sviluppo e l'uso sicuro e affidabile dell'intelligenza artificiale, che articolava una vasta gamma di impegni su diversi settori strategici tra cui la cybersicurezza e lo sviluppo economico, arrivando alla stesura del *Blue Print for an AI Bill of Rights* (https://bidenwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf), che suggeriva un approccio di ampio respiro, definendo cinque macro principi che rappresentano una nuova pietra miliare nel dibattito sulla regolamentazione dell'IA: 1) Sistemi sicuri ed efficaci; 2) Protezioni contro la discriminazione algoritmica; 3) Privacy dei dati; 4) Avviso e spiegazione; 5) Alternative umane, considerazione e ripiego.

[3] Si rimanda al sito https://www.gov.uk/government/publications/global-britain-in-a-competitive-age-the-integrated-review-of-security-defence-development-and-foreign-policy.

[4] Il 20 marzo 2025, Peter Kyle, Segretario di Stato britannico per la Scienza, l'Innovazione e la Tecnologia, alla conferenza degli sviluppatori di IA di Nvidia ha esposto l'intenzione del Regno Unito di espandere lo sviluppo delle tecnologie di IA per favorire la crescita economica e la ripresa nelle aree post-industriali e svantaggiate, fornendo al contempo le basi per relazioni economiche e di sicurezza più strette con gli Stati Uniti.

[5] Si richiamano gli artt. 1 e 3 dell'AI Act in materia di definizione e scopo della normativa, secondo cui "*Lo scopo del presente regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di intelligenza artificiale nell'Unione nonché promuovere l'innovazione*" e "*un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali*".

uni, al fine di trovare un equilibrio ottimale tra la mitigazione del rischio, la protezione del bene pubblico, la crescita economica e la competitività globale[6].
Ma il Regno Unito può muoversi su entrambi i fronti? Il nucleo anglo-americano nel sistema finanziario globale potrebbe essere un modello replicabile in una partnership geoeconomica AI tra Stati Uniti e Regno Unito[7]. Al contempo, se il Regno Unito dovesse divergere sostanzialmente dall'approccio dell'Unione europea alla protezione dei dati, creerebbe serie difficoltà con il suo principale vicino: il continente europeo.

2. **Considerazioni metodologiche sull'approccio comparato**

L'impiego di una prospettiva comparatistica nell'esame dei modelli regolatori relativi all'intelligenza artificiale si configura come strumento necessario per affacciarsi alle divergenti basi giuridico-istituzionali che informano i processi normativi nel Regno Unito e nell'Unione europea. La selezione di questi due ordinamenti come oggetto di studio scaturisce dalla valutazione della loro rilevanza sistemica nel contesto globale della governance tecnologica, anche in considerazione della contrapposizione dei rispettivi paradigmi regolatori e sistemi di riferimento. Infatti, a differenza dell'UE, che sta implementando un *regulatory approach*, il Regno Unito propone un quadro normativo contestuale e settoriale, ancorato alla sua rete esistente e diffusa di enti regolatori e leggi (dalla difficile gestazione politica). Ma v'è di più: tale dicotomia si rivela particolarmente significativa nell'attuale contesto geopolitico, dove la competizione per l'egemonia normativa in ambito tecnologico assume crescente rilevanza strategica. Differenti tradizioni giuridiche e visioni politiche restituiscono forme e risposte normative distinte di fronte alle medesime sfide tecnologiche e verso gli obiettivi a lungo termine che i due *player* in esame si sono posti sia in materia di regolamentazione che di sviluppo economico e competitività. Già nel report della *House of Lords* del febbraio del 2024[8] veniva riportata l'esigenza del governo di sviluppare un proprio approccio, proponendosi come terza via tra l'UE e gli Stati Uniti.
Come si avrà modo di approfondire, il modello europeo mira a stabilire un *set* coerente di obblighi per gli operatori e i sistemi di IA, in linea con i principi di tutela dei diritti fondamentali e dei valori democratici[9].
Si pensi ad alcune recenti iniziative, quali l'*AI Continent Action Plan*, che prevede azioni volte a costruire server ed infrastrutture per la gestione dei dati e per l'IA su larga scala, rafforzare le competenze in materia e facilitare l'attuazione dell'*AI Act*, o l'iniziativa *InvestAI* con

[6] Sul punto vedasi A. A. Gikay, *Risks, innovation and adaptability in the UK's incrementalism versus the European Union's Comprehensive Artificial Intelligence Regulation*, in *International Law and Information Technologies*, Oxford Academic (2024).
[7] Un ulteriore segnale di convergenza tra UK e USA è sull'enfasi crescente rivolta alle implicazioni di sicurezza nazionale dell'IA e sulla prevenzione di utilizzi malevoli, come lo sviluppo di armi. Si segnala il recente cambiamento di denominazione dell'*AI Safety Institute* britannico in *AI Security Institute* (febbraio 2025).
[8] Vedasi *Large language models and generative AI: House of Lords Communications and Digital Committee report*, disponibile all'indirizzo https://lordslibrary.parliament.uk/large-language-models-and-generative-ai-house-of-lords-communications-and-digital-committee-report/.
[9] Sul punto, F. Donati, *La protezione dei diritti fondamentali nel regolamento sull'intelligenza artificiale*, in *AIC – Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1, 2025.

un obiettivo di mobilitazione pari a 200 miliardi di euro. Tale impostazione, che si basa sul rafforzamento dell'impulso all'innovazione e all'adozione, bilanciando il rigore regolatorio con il supporto allo sviluppo tecnologico, riflette una concezione della regolamentazione indirizzata sì alla protezione dei cittadini ma anche alla competitività delle aziende. Infatti, sebbene i dati attuali indichino una progressione graduale verso un'integrazione dei sistemi di IA nelle aziende (13.5% nel 2024), gli obiettivi strategici dell'UE[10], che mirano al raggiungimento del 75% di imprese utilizzatrici di IA entro il 2030, evidenziano una visione di integrazione tecnologica profonda nel tessuto economico[11].

Il Regno Unito tende invece ad una legislazione orizzontale, prediligendo l'autoregolamentazione e, quindi, la fissazione di linee guida settoriali. La scelta dimostra una maggiore fiducia nelle dinamiche di mercato e nella capacità dell'innovazione stessa di autoregolarsi, all'interno di una tradizione giuridica che è in grado di essere flessibile e adattabile. Tuttavia, recenti dichiarazioni da parte del nuovo governo Laburista indicano un'intenzione di regolare i modelli di IA più potenti, suggerendo una possibile convergenza con l'UE verso una maggiore regolamentazione per gli impatti sistemici[12].

Proprio sulla scorta di queste considerazioni si richiama la firma da parte dell'Unione Europea e del Regno Unito della Convenzione Quadro del Consiglio d'Europa sull'IA[13], i diritti umani, la democrazia e lo stato di diritto, documento che promuove l'uguaglianza e proibisce la discriminazione nell'intero ciclo di vita dell'IA. Ciò dimostra una volontà condivisa di ancorare lo sviluppo tecnologico a valori etici e giuridici universali, mitigando i rischi di *bias* e discriminazioni algoritmiche.

La comparazione non si limita dunque a descrivere le differenze esistenti, ma ambisce a fornire un quadro interpretativo capace di illuminare le implicazioni sistemiche delle scelte regolatorie adottate (e adottande) in entrambi i contesti esaminati.

3. **Il contesto politico-normativo**

[10] I dati sono ricavati dalla Relazione sullo stato del decennio digitale del 2023 a cura della commissione europea consultabile all'indirizzo https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_it.

[11] Vedasi l'iniziativa "*GenAI4EU*", volta a stimolare l'adozione dell'IA generativa nei principali ecosistemi industriali strategici dell'Unione nonché ad incoraggiare lo sviluppo di grandi ecosistemi di innovazione aperta che favoriscano la collaborazione tra le *startup* dell'IA e gli utilizzatori dell'IA nell'industria e nel settore pubblico.

[12] A scopo meramente esemplificativo, si pensi all'"*AI Opportunities Action Plan*" (gennaio 2025), alla consultazione sull'IA e il copyright (svoltasi nel dicembre 2024), che restituiscono un quadro di politiche pubbliche volte a stimolare la crescita ed il dibattito attorno a questi temi.

[13] Il 17 maggio 2024 è stata adottata la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa su "Intelligenza Artificiale, Diritti Umani, Democrazia e Stato di Diritto", consultabile al link https://rm.coe.int/1680afae3c. I negoziati relativi alla Convenzione risalgono al 2022 su impulso del *Committee Artificial Intelligence*, organismo istituito dal Consiglio d'Europa. Alle trattative parteciparono, la Commissione Europea, numerosi Stati membri del Consiglio d'Europa e paesi terzi. Ai fini dell'entrata in vigore della Convenzione, è richiesto che un minimo di cinque Stati contraenti, tra i quali almeno tre membri del Consiglio d'Europa, esprimano il proprio consenso a essere giuridicamente vincolati, secondo quanto previsto dall'articolo 30, comma 3, della convenzione stessa.

In ambito europeo, il panorama normativo in materia di regolazione digitale ha conosciuto un'evoluzione significativa e articolata, caratterizzata dall'adozione di strumenti giuridici di rilievo transnazionale. Il *General Data Protection Regulation* (GDPR), sebbene risalente al 2016, resta al centro del framework giuridico in materia di protezione dei dati, influenzando non solo gli Stati membri dell'Unione Europea ma anche ordinamenti terzi, come evidenziato dall'adozione di normative ispirate al suo impianto[14]. A questo si affiancano il *Digital Services Act* (DSA)[15] e il *Digital Markets Act* (DMA)[16], che delineano un approccio volto alla regolamentazione sempre più integrato, volto a garantire un equilibrio tra innovazione, concorrenza e tutela dei diritti fondamentali.

Il modello europeo, imperniato su un'armonizzazione normativa di matrice sovranazionale, ha prodotto effetti tangibili non solo in Europa, dimostrandosi capace di fungere da *benchmark* anche per le iniziative legislative esterne all'UE.

A sostegno della validità di questo approccio verticale è da richiamarsi l'adozione dell'*AI Act* e della recente *Convenzione quadro sull'intelligenza artificiale*, che si inserisce organicamente nel contesto delle fonti europee, ponendo le basi per un'evoluzione giuridica coordinata e di ampio respiro, capace – almeno all'apparenza – di rispondere a quell'esigenza di flessibilità e capacità di adattamento ricercata dal regolatore di oltremanica, come si avrà modo di vedere di seguito.

La convenzione quadro del Consiglio d'Europa in materia di intelligenza artificiale appare dettata da due distinte finalità: da un lato, la creazione di uno spazio di armonizzazione

[14] Si pensi ad esempio alla *Lei Geral de Proteçao de Dados* (LGPD) brasiliana, modellata attorno al GDPR, al *Personal Information Protection Law* (PIPL) cinese o alle recenti discussioni di una legge federale sulla protezione dei dati personali negli Stati Uniti (*American Privacy Rights Act*) attualmente in discussione. Si rimanda a K. Makena, *A Breakthrough Online Privacy Proposal Hits Congress,* Wired, aprile 2024.

[15] Il *Digital Services Act* (DSA) del 2022, persegue l'obiettivo di perfezionare i meccanismi di moderazione dei contenuti sulle piattaforme di social media, con particolare riferimento alla gestione dei contenuti illeciti. L'articolazione normativa si compone di cinque capitoli, che regolano in modo specifico: le ipotesi di esclusione della responsabilità degli intermediari (Capitolo 2), le obbligazioni imposte ai prestatori di servizi di intermediazione (Capitolo 3), nonché l'apparato sanzionatorio e le modalità di cooperazione istituzionale tra la Commissione europea e le autorità competenti degli Stati membri (Capitolo 4). La disciplina in esame conferma il principio della non imputabilità della responsabilità alle piattaforme per i contenuti generati dagli utenti, fatta eccezione per le ipotesi in cui esse abbiano effettiva conoscenza della natura illecita dei contenuti e omettono di adottare i provvedimenti del caso. Tale regime di responsabilità limitata e condizionata presenta una marcata divergenza rispetto al sistema di *immunity* sostanzialmente assoluta riconosciuto agli intermediari dalla Sezione 230 del *Communications Decency Act* (CDA) statunitense.

[16] Il *Digital Markets Act* fornisce la definizione di *gatekeeper*. Un'impresa acquisisce la qualifica di "guardiano" quando ricorrono determinati presupposti soglia, tra i quali un rilevante fatturato annuo nell'ambito dell'Unione europea, una base utente di dimensioni significative e il controllo su servizi di piattaforma essenziali. I soggetti qualificati come *gatekeeper* sono tenuti ad ottemperare a una serie di obblighi e divieti finalizzati a promuovere condizioni di concorrenza equa. Nello specifico, devono consentire l'interoperabilità con i propri servizi in specifiche circostanze, garantire agli utenti professionali l'accesso ai dati generati sulla piattaforma e permettere agli inserzionisti la verifica indipendente delle proprie campagne pubblicitarie. Al contempo, è loro vietato privilegiare i propri prodotti o servizi rispetto a quelli di terze parti, impedire ai consumatori di accedere a servizi esterni alla piattaforma, ostacolare la disinstallazione di applicazioni preinstallate o tracciare gli utenti finali per finalità di pubblicità mirata in assenza di un valido consenso. Sul punto si richiama M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2, 2021, e C. Cipolloni, *Persona, poteri privati e Stato nella rivoluzione internettiana*, Torino, Giappichelli, 2024.

normativa nell'ambito europeo allargato, con particolare riguardo alla posizione del Regno Unito nel quadro post-Brexit; dall'altro, l'affermazione di un primato regolatorio nel contesto del diritto internazionale, con ambizione a divenire parametro di riferimento per gli ordinamenti democratico-pluralisti, in aperta competizione con le misure in materia adottate dallo stesso Parlamento europeo, capace di rispondere efficacemente alle direttive in materia di salvaguardia dei diritti umani fondamentali al vaglio delle sfide lanciate dall'IA, soprattutto ove si guardi alla IA c.d. generativa[17].

AI Act e Convenzione, sebbene distinti per natura giuridica e ambito di applicazione, presentano significative aree di intersezione che meritano un'attenta disamina.

La Convenzione quadro, quale trattato internazionale aperto alla ratifica sia da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa che di Paesi terzi, si fonda su un approccio basato sulla tutela dei diritti umani. In particolare, l'articolo 4 della Convenzione vincola le Parti a istituire meccanismi di prevenzione per contrastare usi illeciti dell'IA in settori particolarmente sensibili, quali la sorveglianza di massa, la manipolazione del comportamento umano e le discriminazioni algoritmiche[18].

L'*AI Act*, distingue quattro categorie di livelli di rischio (inaccettabile, alto, limitato e minimo), applicando obblighi differenziati a ciascuna categoria[19]. Tale impostazione tecnico-normativa risulta più dettagliata rispetto alla Convenzione, pur condividendo con essa la finalità ultima di proteggere i diritti e le libertà fondamentali.

Una stratificazione normativa coinvolge l'obbligo di *due diligence* imposto agli operatori del settore. La Convenzione quadro, al paragrafo 3, stabilisce infatti disposizioni generali per gli Stati di garantire che gli operatori privati valutino *ex ante* i rischi connessi all'utilizzo dei

[17] Nella Convenzione quadro, l'IA viene definita all'art. 1 come: «*a machine-based system that for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommen dations or decisions that may influence physical or virtual environments. Different artificial intelligence systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment*». Tale definizione si pone in linea con quella proposta dall'OCSE/OECD. Sul punto v. G. Zaccaroni, *Intelligenza Artificiale e Principio Democratico: riflessioni a margine dell'emersione di un quadro normativo europeo,* in *Quaderni Aisdue*, n. 2, 2024. Adotta una definizione più ampia l'art. 2, laddove ricorre alla formula "processo automatizzato che influisce sui diritti umani", a voler evidenziare come il controllo vada eseguito per tutto l'arco di funzionamento (ed espletamento) dell'IA. Diversamente, l'art. 3 dell'*AI Act* fornisce una definizione tecnica di sistema di IA come «software sviluppato con approcci di *machine learning*». Sul punto si rimanda anche a E. Cirone, *L'AI Act e l'obiettivo (mancato?) di promuovere uno standard globale per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni Aisdue*, n. 2, 2024, che fornisce una lettura critica.

[18] Ch. 2, Art. 4 «*Each Party shall adopt or maintain measures to ensure that the activities within the lifecycle of artificial intelligence systems are consistent with obligations to protect human rights, as enshrined in applicable international law and in its domestic law*».

[19] Il *Regolamento (UE) 2024/1689* sull'intelligenza artificiale adotta un approccio graduato alla gestione del rischio. Il rischio inaccettabile include applicazioni d'IA tali da costituire una minaccia diretta per i diritti umani, come il *social scoring*, il riconoscimento biometrico in tempo reale e altre tecniche manipolative vietate dall'articolo 5. Al secondo livello, il rischio elevato comprende sistemi impiegati in contesti critici quali salute, sicurezza e infrastrutture essenziali: tali sistemi, elencati nell'Allegato III e definiti ai sensi dell'articolo 6, richiedono obbligo di valutazione dei rischi, conformità normativa. Al livello intermedio, il rischio limitato implica requisiti esclusivamente di trasparenza, mentre il rischio minimo o nullo riguarda i sistemi più innocui, per i quali non sono previsti obblighi specifici. Sul punto si richiama G. Contissa, F. Galli, *AI Act e diritti fondamentali: presupposti tecnologici e ricadute normative*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, n. 3, 2024.

sistemi di IA e adottino misure di monitoraggio continuo. Tuttavia, non è specificata alcuna specifica metodologia obbligatoria per queste valutazioni, lasciando agli Stati un'ampia discrezionalità nell'implementazione di tale obbligo.

L'*AI Act*, al contrario, introduce all'articolo 16 un sistema di *due diligence* strutturato e vincolante, con specifici obblighi per i fornitori di sistemi classificati come ad alto rischio. Tali obblighi includono la conduzione di valutazioni di conformità prima dell'immissione sul mercato, la predisposizione di documentazione tecnica dettagliata e l'iscrizione in appositi database gestiti a livello europeo. Inoltre, il Regolamento stabilisce standard armonizzati per le valutazioni d'impatto e prevede un sistema sanzionatorio particolarmente incisivo, con ammende che possono raggiungere il 6% del fatturato globale dell'operatore in caso di violazioni.

La Convenzione rappresenta dunque uno strumento flessibile e potenzialmente globale, in grado di stabilire principi comuni per la regolamentazione dell'IA al di là dei confini europei mentre l'AI Act costituisce un corpus normativo più dettagliato e vincolante, specificamente disegnato per il mercato unico europeo che ha già assistito al concretizzarsi di fenomeni regolatori.

In prospettiva, l'interazione tra questi due strumenti potrebbe influenzare significativamente l'evoluzione della regolamentazione dell'IA, sia a livello europeo che globale. La Convenzione quadro, con la sua vocazione universale, potrebbe contribuire a diffondere principi e standard sviluppati nell'ambito dell'AI Act, rafforzando così il cosiddetto "effetto Bruxelles"[20] nella governance dell'intelligenza artificiale. Al tempo stesso, l'esperienza maturata nell'attuazione della Convenzione potrebbe fornire utili indicazioni per future revisioni del quadro normativo europeo, in particolare per quanto riguarda l'inclusione di nuove categorie di rischio o la regolamentazione di applicazioni attualmente escluse dall'ambito di applicazione dell'AI Act, come gli usi militari dell'intelligenza artificiale. Non a caso nella convenzione è inserita una clausola di *standstill* (art. 22)[21] che impedisce agli Stati di ridurre le tutele esistenti, riconoscendone l'autonomia nel proporre un sistema a tutele crescenti.

Sebbene attualmente non esista nel Regno Unito una regolamentazione legislativa generale dell'IA, varie aree del diritto affrontano l'argomento nella pratica: dalla *Artificial Intelligence and employment Law* approvata dal parlamento britannico l'11 agosto 2023 alla direttiva sull'uso dell'IA Generativa nel settore giudiziario per Inghilterra ed il Galles approvata nel dicembre del 2025[22]. Fra gli atti normativi che si interessano della materia occorre altresì annoverare i regolamenti generali sulla protezione dei dati, che disciplinano la raccolta e l'uso dei dati personali e impongono alcune restrizioni al processo decisionale autom-

[20] Cfr. C. Siegmann, M. Anderljung, *The Brussels Effect and Artificial Intelligence: How EU regulation will impact the global AI market, Centre for the governance of AI*, 2022, consultabile all'indirizzo https://cdn.governance.ai/Brussels_Effect_GovAI.pdf.

[21] Ch. 6, Art. 22 «*None of the provisions of this Convention shall be interpreted as limiting or otherwise affecting the possibility for a Party to grant a wider measure of protection than is stipulated in this Convention*».

[22] Si rimanda al sito https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/12/AI-Judicial-Guide.

atizzato con effetti significativi sulla vita di tutti i giorni[23].

Con un processo che vede tratteggiate le sue linee di fondo già nel 2019[24], nel 2023 i rappresentanti di 28 paesi e l'UE si sono riuniti al vertice sulla sicurezza dell'IA ospitato dal governo del Regno Unito a Bletchley Park, impegnandosi a cooperare sullo sviluppo di un uso sicuro e responsabile dell'IA[25].

Nel marzo 2023 il governo guidato dall'allora Primo Ministro Rishi Sunak, succeduto nel frattempo alla staffetta Johnson-Truss, ha emanato per mezzo del *Department for science and technology* il *white paper on artificial intelligence* "*Un approccio pro-innovazione alla regolamentazione*

[23] Si ricordano altresì le normative sulla proprietà intellettuale, quelle in materia di diritti umani (es. *Equality Act* 2010 e *Human Rights Act* 1998), su concorrenza e tutela dei consumatori e infine il Digital Information and *Smart Data Bill*.

[24] Si fa riferimento al discorso del «*limbless chicken*» tenuto da Boris Johnson, allora Primo Ministro del Regno Unito, all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 24 settembre 2019, all'interno del quale veniva delineata la portata e la gravità delle questioni legate all'IA che i leader mondiali saranno chiamati ad affrontare nel prossimo futuro, ponendo l'accento sulla inarrestabilità della nuova ondata di tecnologie emergenti e sulla necessità di politiche e regolamentazioni. «*Il modo in cui progettiamo le tecnologie emergenti alla base di queste rivoluzioni, e i valori che ne guidano la progettazione, plasmeranno il futuro dell'umanità*» ha dichiarato Johnson, affermando subito dopo che «*In gioco c'è se lasceremo in eredità un mondo orwelliano progettato per la censura, la repressione e il controllo, o un mondo di emancipazione, dibattito e apprendimento, dove la tecnologia minaccia carestie e malattie, ma non le nostre libertà*». Dopo aver sottolineato che le politiche, l'etica e le linee guida per lo sviluppo dell'IA sono attualmente guidate da accademici, leader del settore e organismi di standardizzazione e non dai governi, Johnson ha citato la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani delle Nazioni Unite come esemplare di una legge che è stata fondamentale per proteggere la libertà di opinione e di espressione, la privacy domestica e delle comunicazioni e il diritto di cercare e diffondere informazioni e idee.

[25] La Dichiarazione di Bletchley o *The Bletchley Declaration*, adottata durante il primo *AI Safety Summit* (1-2 novembre 2023), è un accordo storico tra 28 paesi e l'UE per affrontare le sfide globali poste dall'intelligenza artificiale, con particolare attenzione ai modelli più avanzati (*frontier AI*). La dichiarazione riconosce il potenziale dell'IA per il progresso socioeconomico, ma avverte anche dei rischi associati, tra cui disinformazione, discriminazione, minacce alla sicurezza informatica e possibili effetti sistemici sulla stabilità sociale. Sottolinea l'urgente necessità di una governance multilaterale, basata su cooperazione internazionale, trasparenza e standard condivisi di sicurezza, per evitare la frammentazione normativa. I firmatari concordano sul principio di responsabilità differenziata, secondo cui gli attori più avanzati (Stati e aziende) devono guidare la gestione dei rischi, coinvolgendo però tutte le Nazioni nelle soluzioni. Promuove inoltre un approccio scientifico alla valutazione dei rischi e all'allineamento uomo-AI (*alignment*). Tra i paesi aderenti figurano Regno Unito (promotore), Stati Uniti, Unione Europea, Cina, Giappone, Francia, Germania, Italia ed Emirati Arabi Uniti. La dichiarazione getta le basi per futuri summit, incluso quello previsto in Corea del Sud nel 2024. Il testo integrale è reperibile sul sito del governo britannico al link https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/the-bletchley-declaration-by-countries-attending-the-ai-safety-summit-1-2-november-2023.

dell'IA"[26] segnando uno dei primi passi del Regno Unito verso la creazione di un quadro specifico per lo sviluppo e l'uso responsabile dell'IA. Nel 2023 il messaggio del governo britannico all'epoca guidato dai conservatori era che il Regno Unito avrebbe dovuto adottare un approccio poco invasivo nella regolamentazione dell'IA. Ciò emergeva dal *white paper* e, nello specifico, dalla sua introduzione e dai successivi paragrafi 5 e 6. Il documento in questione delinea il quadro strategico del Regno Unito per la regolamentazione dell'intelligenza artificiale, posizionandosi esplicitamente in un'ottica *pro-innovation*, e dunque si differenzia consapevolmente dagli approcci legislativi più prescrittivi, promuovendo i tre seguenti principi cardine: 1) la volontà di evitare regolamentazioni premature capaci di inibire lo sviluppo tecnologico, 2) l'adattamento del sistema normativo esistente piuttosto che la creazione di nuove strutture legislative, 3) l'attenzione alla gestione dei rischi specifici anziché alla regolamentazione generica dell'AI come categoria omnicomprensiva.
Anzitutto il documento sottolinea l'importanza del coordinamento internazionale, sebbene con una chiara preferenza per le soluzioni normative che valorizzino il potenziale competitivo del settore tecnologico britannico. Inoltre**,** favorisce un processo di revisione periodica del framework, con meccanismi di consultazione pubblica e valutazione d'impatto, a garanzia di un equilibrio dinamico tra innovazione e tutela dei diritti fondamentali.
Come anticipato, al paragrafo 5 del paper il governo britannico riafferma il proprio orientamento verso un quadro regolatorio flessibile e settoriale per l'intelligenza artificiale, adottando un approccio cautelativo nell'implementazione di nuovi strumenti normativi al fine di preservare lo spazio per l'innovazione tecnologica. In particolare, si assegna agli organismi regolatori esistenti – tra cui l'*Information Commissioner's Office* (ICO), la *Competition and Markets Authority* (CMA) e la *Financial Conduct Authority* (FCA) – il compito di applicare principi di regolamentazione proporzionati al contesto specifico dei rispettivi ambiti di competenza.
Il Regno Unito, dunque, preferisce l'adozione di meccanismi di *soft regulation*, quali linee guida (il riferimento non può che essere al *white paper*) e codici di condotta (tra cui quelli

[26] Il *white paper* del governo britannico del marzo 2023 "*Un approccio pro-innovazione alla regolamentazione dell'IA*" rappresenta il primo tentativo organico di definire un quadro normativo flessibile per lo sviluppo responsabile dell'intelligenza artificiale nel Regno Unito («*We were also the first Government in the world to formally publish our assessment of the capabilities and risks presented by advanced AI; and to bring together a powerful consortium of experts into our AI Safety Institute, committed to advancing AI safety in the public interest*» - cfr. *Volume 745 AI Regulation White Paper: Consultation Response)*. La successiva consultazione pubblica e la risposta governativa del 6 febbraio 2024 segnano un'evoluzione significativa di questo framework, caratterizzata da un duplice movimento: da un lato, il rafforzamento dei meccanismi di sicurezza per i sistemi più avanzati e, dall'altro, il mantenimento dei principi originari favorevoli all'innovazione. La risposta del 2024 introduce in particolare una regolamentazione differenziata per i *frontier models*, prevedendo requisiti vincolanti mirati per gli sviluppatori di sistemi di IA generica ad alta capacità (*UK AI Safety Institute*, 2024). Questo approccio selettivo riflette l'emergere di un consenso tecnico sulla necessità di interventi *ex ante* per modelli con potenziale rischio sistemico, senza tuttavia adottare un modello normativo orizzontale.

della stessa CMA[27]), ritenuti maggiormente idonei a seguire il ritmo dell'evoluzione tecnologica rispetto a strumenti legislativi rigidi. Il testo, poi, sottolinea l'importanza strategica di una collaborazione strutturata tra attori istituzionali, industriali e accademici finalizzata all'identificazione tempestiva di rischi emergenti, che spaziano dai *bias* algoritmici alle vulnerabilità in materia di sicurezza, senza ricorrere a interventi normativi prematuri che potrebbero risultare controproducenti.

Il successivo paragrafo 6 delinea il framework operativo attraverso cui il governo britannico intende tradurre in pratica i principi regolatori enunciati, ponendo l'accento sul *capacity building* delle autorità di regolamentazione, con l'allocazione di risorse dedicate alla formazione specialistica in materia di intelligenza artificiale. Di particolare rilievo è l'istituzione di un *AI Regulation Hub*, concepito come piattaforma di coordinamento interistituzionale tra settore pubblico e privato[28].

Il documento annuncia inoltre l'avvio di iniziative pilota in settori critici come quelli sanitario e finanziario, mirate a testare metodologie di valutazione dei rischi con particolare riferimento alle dimensioni dell'equità algoritmica e della trasparenza. Infine, in un'ottica di miglioramento continuo, viene ribadito l'impegno a un processo di revisione periodica del quadro normativo, con una prima valutazione formale calendarizzata entro l'anno 2025, al fine di garantire l'adeguatezza dell'approccio regolatorio rispetto all'evoluzione del panorama tecnologico.

4. **L'avvento dei *Labour*, novità all'orizzonte?**

Nell'introduzione al discorso di insediamento da Primo Ministro nel luglio del 2024, letto poi come da tradizione dal Monarca d'Inghilterra (Re Carlo III), il nuovo Primo Ministro

[27] Il 29 aprile 2024 la *Competition and Markets Authority* (CMA) ha pubblicato il proprio *AI Strategic Update* in risposta al Libro Bianco del governo britannico sull'approccio alla regolamentazione dell'intelligenza artificiale e dell'apprendimento automatico presentato al Parlamento il 29 marzo 2023 e all'invito ad agire rivolto alle autorità di regolamentazione del 6 febbraio 2024. L'aggiornamento strategico conteneva i dettagli dei flussi di lavoro della CMA in relazione all'IA e discuteva i benefici dell'IA per le imprese e i consumatori, nonché i rischi che l'IA può comportare per i consumatori e per la concorrenza nei mercati del Regno Unito. Nel suo aggiornamento strategico, la CMA ha riconosciuto il suo "*ruolo vitale nel garantire che i consumatori, le imprese e l'economia in generale traggano beneficio dagli sviluppi dell'IA, mentre i danni vengono mitigati*". Dalla CMA vengono altresì delineati sei principi sui sistemi di IA: l'accesso continuo e immediato agli input senza indebite restrizioni; una costante diversità dei modelli di business e dei tipi di modello di IA (compresi i modelli *open* e *closed source*); la scelta per le aziende e i consumatori sull'uso dei Foundation Models e sulle opzioni di implementazione; la correttezza e lotta alla condotta anticoncorrenziale; la trasparenza per i consumatori e le imprese sui rischi e sui limiti dei Foundation Models; la responsabilità delle imprese nel promuovere un mercato competitivo. Sul punto si rimanda al sito https://www.gov.uk/government/publications/cma-ai-strategic-update/cma-ai-strategic-update.

[28] Il governo ha tra l'altro lanciato "GOV.UK Chat", una piattaforma per la sicurezza dell'IA, ideata per aiutare le imprese – in particolare le piccole – a valutare e mitigare i rischi associati all'IA. Il Regno Unito sta poi stringendo partenariati internazionali, come quello con Singapore, per promuovere la ricerca collaborativa e lo sviluppo di standard di sicurezza dell'IA, in un contesto di competizione globale con USA e UE.

Keir Starmer ha dichiarato: «*Sfrutteremo il potenziale dell'intelligenza artificiale rafforzando al contempo i framework di sicurezza*»[29].

L'approccio generale del Partito Laburista alla regolamentazione dell'IA rimane non del tutto definito. Tuttavia, il discorso del Re indica che la priorità sarà regolamentare specificamente gli sviluppatori dei modelli di intelligenza artificiale più avanzati. Ciò è coerente con l'impegno elettorale dei Laburisti di «*garantire lo sviluppo e l'uso sicuro dei modelli AI introducendo regolamenti vincolanti per le aziende che sviluppano i modelli più potenti*»[30]. Un approccio significativamente più mirato rispetto all'ampio raggio d'azione dell'AI Act**,** ma lontano da quello incentrato su una quasi totale assenza di regolamentazione come quello tenuto dai recenti governi a guida *Tory* che sovente percorrevano la strada della "non-regolamentazione" tracciata dagli Stati Uniti.

Pacifica risulterebbe altresì la volontà del nuovo governo di segnare il passaggio da "*un codice volontario a un codice legale*" passando da un approccio di *soft law*, ossia quello fino a quel momento seguito dai conservatori, ad uno orientato alla regolamentazione. L'implementazione di tale nuova strategia imporrebbe alle aziende che si impegnano in questo tipo di ricerca e sviluppo di rilasciare tutti i dati dei test e spiegarne il motivo del trattamento[31].

Posizione in totale controtendenza con l'approccio più "diplomatico"[32] di stampo conservatore, che nel novembre del 2024, a seguito delle giornate di Bletchley, portò alla stipula di un accordo con OpenAI al fine di sviluppare sistemi di IA senza affidare al governo il ruolo di controllore. È quindi sullo strappo qui consumatosi che si è consolidata l'idea di una codificazione legislativa che obbliga le aziende a condividere i dati dei test dei vari software di IA ed IAG[33] con il Governo, comunicare preventivamente lo sviluppo di sistem-

[29] Il discorso integrale d'insediamento del Governo Starmer del 6 luglio 2024 è pubblicato sul sito https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6697f5c10808eaf43b50d18e/The_King_s_Speech_2024_-background_briefing_notes.pdf. Per la prima volta viene citata nello *State Opening Speech* l'intelligenza artificiale.

[30] Si rimanda al Manifesto del Partito Laburista per le elezioni generali del 2024 e, nello specifico, al punto sette del paragrafo "*Labour's plan to kickstart growth will*" dove si sostiene di voler introdurre «*a modern industrial strategy, working in partnership with businesses and workers to grasp the opportunities of new technologies, with an AI sector plan, a new national data library to support cutting-edge research, 10-year budgets for key world innovation institutions, and planning reform to build the datacentres and infrastructure we need*».

[31] Si fa particolare riferimento all'intervista del *Guardian* che raccoglie le dichiarazioni dell'attuale Segretario alla Scienza e Tecnologia Peter Kyle e allora segretario ombra secondo cui l'agenda del governo conservatore in materia di nuove tecnologie era «*behind the curve*». L'intervista è pubblicata sul sito https://www.theguardian.com/technology/2024/feb/04/labour-force-ai-firms-share-technology-test-data.

[32] Si rimanda a https://www.ilfoglio.it/esteri/2023/11/03/news/la-diplomazia-di-sunak-sull-intelligenza-artificiale-funziona-a-meta--5866356/.

[33] Il *White Paper* definisce "IA", "sistemi IA" e "tecnologie IA" come prodotti e servizi "adattabili" e "autonomi", senza fornire una definizione esaustiva. L'adattabilità è legata alla capacità di apprendere nuove inferenze non previste dal programmatore umano; l'autonomia si riferisce alla possibilità che il sistema IA prenda decisioni senza controllo umano continuo.

i AI oltre determinate capacità computazionali e sottoporre i sistemi a test di sicurezza sotto supervisione indipendente[34].

5. **Divergenze ed evoluzioni: *AI Bill***

L'amministrazione Sunak aveva adottato un approccio flessibile e non vincolante alla regolamentazione dell'IA. Sebbene l'*AI Government Response paper*[35] avesse lasciato aperta la possibilità di adottare misure vincolanti per i sistemi AI più performanti in circostanze eccezionali, non erano previsti interventi normativi nel breve termine. Il nuovo governo laburista invece ha inteso stabilire misure vincolanti già nel primo mandato parlamentare.
Una prima versione dell'*AI Bill* è stata presentata come proposta parlamentare individuale (*Private Members Bill*) nel novembre 2023 alla Camera dei Lord per poi essere riproposta con la medesima metodologia in data 4 marzo 2025.
Occorre soffermarsi sulla tipologia di atto parlamentare introdotto. Infatti, la *Private Member's Bill* è una proposta di legge introdotta in Parlamento da un deputato che non è né un ministro del governo né uno dei membri più in vista del panorama politico sia della maggioranza o del primo partito di opposizione (*frontbencher)*. Questo tipo di proposta è dunque introdotta dai *backbenchers*[36], che hanno così l'opportunità di mettersi in risalto e affrontare le preoccupazioni dell'opinione pubblica proponendo leggi al di fuori dell'agenda del governo. Questa modalità di azione spinge a ritenere che la presentazione della legge in esame non rientri tra le priorità del governo o, più precisamente, che la *parliamentary tactic* dello stesso sia quella di evitare che l'eventuale bocciatura della legge abbia effetti sull'esecutivo. Allo stesso tempo, però, l'eventuale approvazione della legge garantirebbe al *backbencher* la possibilità di diventare *parliamentary private secretary*[37], assicurandogli un collegam-

[34] Tale cambio di approccio (*da soft* a *hard law*) iniziava ad intravedersi anche in altre realtà. In California, nel periodo tra agosto e ottobre 2024 (*i.e.*, data di inizio e fine dell'iter legislativo), veniva discussa la *AI Safety Law SB1047*, la quale prevedeva che gli sviluppatori prestassero particolare cura e attenzione nella implementazione dei modelli di intelligenza artificiale avanzati perciò in grado di facilitare gli attacchi informatici ovvero lo sviluppo di armi. In particolare, la normativa richiedeva agli sviluppatori di adottare misure di sicurezza, condurre valutazioni dei rischi e predisporre meccanismi di *shutdown*, presentando piani di sicurezza e sottoponendo i sistemi a verifiche indipendenti. Inoltre, la legge introduceva un nuovo organismo, il *Board of Frontier Models*, con il compito di vigilare sul rispetto degli standard, mentre il programma *CalCompute* avrebbe fornito risorse pubbliche per lo sviluppo etico dell'IA. La legge sarebbe dovuta entrare in vigore nel 2026, rappresentando uno degli sforzi più completi degli Stati Uniti per gestire in modo responsabile i rischi connessi a questa tecnologia ma è stata respinta dal Governatore Newsom. Per il testo della proposta di legge e le motivazioni del suo respingimento si rimanda al sito https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billStatusClient.xhtml?bill_id=202320240SB1047.
[35] Cfr. "*A pro-innovation approach to AI regulation: government response to consultation*", presentato al Parlamento dal Segretario di Stato per la Scienza, l'Innovazione e la Tecnologia nel febbraio 2024.
[36] I *backbenchers* sono deputati o membri della Camera dei Lord che non sono né ministri del governo né portavoce/ ministri ombra dell'opposizione. Sono così chiamati perché nelle due *Houses* siedono (o restano in piedi all'ingresso dell'aula, di fianco alla seduta del Questore) nelle file posteriori dei principali rappresentanti dei loro partiti, noti come *frontbenchers*.
[37] Il *parliamentary private secretary* viene nominato direttamente da un Ministro come suo assistente in una specifica materia o settore.

ento diretto con il governo che quindi in caso di esito positivo al termine della procedura legislativa non avrebbe difficoltà ad intestarsi la vittoria[38].

A rafforzare la tesi di un mancato pieno convincimento del governo rispetto al contenuto della proposta si rileva la mancata menzione dell'AI Bill all'interno del discorso annuale del Monarca alle camere, che pareva piuttosto suggerire una preferenza per emendamenti a leggi esistenti o comunque l'utilizzo di strumenti regolatori non legislativi, almeno nella fase iniziale di vita del governo.

Da ultimo, la proposta riflette la crescente pressione da parte di parlamentari e stakeholder del settore. Resta il fatto che, con il continuo avanzamento dell'IA, questa proposta legislativa segna un momento cruciale nella strategia di governance britannica inserendosi in un teatro geopolitico in rapida evoluzione e mutamento.

Per attrarre investimenti nell'IA e "consolidare" il ruolo del Regno Unito come leader globale in questo settore, il governo britannico ha sempre promosso oneri regolatori minimi. L'*AI Action Plan*[39] ribadisce questo approccio *light-touch*, privilegiando la flessibilità rispetto a controlli legali stringenti e mirando alla competitività delle aziende britanniche e alla tutela della concorrenza.

In ultimo, il Regno Unito continua a preferire che la responsabilità normativa per l'IA sia devoluta ai regolatori settoriali e non segua – quantomeno per il momento – l'approccio europeo, che invece prevede una legislazione centrale che presta particolare attenzione ai sistemi di IA "ad alto rischio".

Le principali autorità di regolamentazione del Regno Unito – FCA, PRA, CMA, ICO[40] – hanno tutte dettagliato le loro aspettative in merito alla conformità all'IA, così creando una sorta di competizione fra organi regolatori che sovente si affacciano con crescente curiosità allo specifico funzionamento dei sistemi.

Due esempi emblematici illustrano bene le divergenze tra i due approcci: da un lato, nel Regno Unito, la CMA ha avviato un'indagine sui servizi di IA del colosso di Mountain View, compresi i servizi di IA di Google[41] concentrandosi sul possibile abuso di posizione dominante e sulle barriere all'ingresso per i concorrenti; dall'altro, l'Unione europea, con l'AI Act**,** fatica a conciliare la rigidità normativa con la velocità dell'innovazione tecnolog-

[38] Per chiarezza espositiva, è da rilevare anche il caso dei *backbenchers* indipendenti, componenti che maggioranza ed opposizione tendono a trattare con sospetto. Sul punto è significativa la descrizione svolta da W. Bagehot, *The English Constitution*, Second Ed., Little, Brown, and Company, 1873, p. 25, il quale, spiegando la dialettica maggioranza-opposizione, scrive «*not long since a subordinate member of the Opposition declared that the "front benches" of the two sides of the House — that is, the leaders of the Government and the leaders of the Opposition were in constant tacit league to suppress the objections of independent members*».

[39] Vedasi https://www.gov.uk/government/publications/ai-opportunities-action-plan/ai-opportunities-action-plan.

[40] Le autorità principali sono l'*Information Commissioner's Office* (ICO), la *Competition and Markets Authority* (CMA), la *Financial Conduct Authority* (FCA) e l'*Office of Communications*.

[41] I *Google's Innovative Services* hanno generato benefici significativi nel Regno Unito. Con i suoi servizi di ricerca Google rappresenta oltre il 90% di tutte le query di ricerca generale del Regno Unito. Le indagini si concluderanno entro ottobre 2025. Sul punto vedasi https://www.gov.uk/government/news/cma-to-investigate-googles-search-services.

ica[42]. Proprio questa contrapposizione dimostra come i due modelli, pur partendo da presupposti diversi, affrontino la medesima sfida: garantire uno sviluppo etico e competitivo dell'IA senza soffocarne il potenziale. Se nel caso britannico l'equilibrio è demandato al mercato e alla competizione tra autorità, in quello europeo prevale un'impostazione precauzionale basata su livelli di rischio. Tuttavia, entrambi gli esempi suggeriscono che la soluzione più efficace potrebbe risiedere in un sistema multilivello, dove una regolamentazione rigorosa non dipenda solo dalla valutazione del rischio[43], ma si fondi su un'architettura istituzionale articolata, con competenze diffuse e meccanismi di controllo incrociati.

6. **Conclusioni**

La spinta innovativa portata dall'intelligenza artificiale non ha precedenti storici. Un'innovazione capace di arrivare alle masse, permearne le attività (lavorative e non), evolversi e portare necessariamente all'evoluzione anche della parte hardware è infatti sconosciuta all'essere umano, sebbene si possa essere indotti a ritenere che sia banalmente un "secondo internet". Sicuramente, rispetto al predecessore (internet), l'IA si presenta con una UX (*user experience*) familiare, spesso quella di una chat di qualsiasi app di messaggistica, capace di simulare emozioni, toni di voce e quant'altro nello stile che può far più piacere all'utente in quel momento. Diversamente dall'avvento di internet, però, il periodo della "luna di miele" è durato assai meno e quasi da subito la popolazione ed i legislatori del mondo, seppure con approcci diversi, hanno affrontato il problema della regolamentazione della materia e delle misteriose "*blackbox"* dove gli input si trasformano in output ed una risposta, un bilancio o una legge, viene restituita sullo schermo (nel presente articolo ci si è concentrati sul rapporto tra leggi dell'Unione europea e del Regno Unito lasciando sullo sfond-

[42] Numerose sono state le critiche all'AI Act, da leggersi – anche – attraverso le lenti della geopolitica. L'Unione Europea infatti, volendo tutelare i diritti umani legati all'utilizzo dei dati biometrici, ha sublimato questo concetto di protezione dei diritti fondamentali e di identità della persona anche nel Considerando 18 dell'AI Act, dove si legge che «*La nozione di "sistema di riconoscimento delle emozioni" di cui al presente regolamento dovrebbe essere definita come un sistema di IA finalizzato a identificare o inferire emozioni o intenzioni di persone fisiche, sulla base dei loro dati biometrici. La nozione si riferisce a emozioni o intenzioni quali felicità, tristezza, rabbia, sorpresa, disgusto, imbarazzo, eccitazione, vergogna, disprezzo, soddisfazione e divertimento. Non comprende stati fisici, quali dolore o affaticamento, compresi, ad esempio, ai sistemi utilizzati per rilevare lo stato di affaticamento dei piloti o dei conducenti professionisti al fine di prevenire gli incidenti. Non comprende neppure la semplice individuazione di espressioni, gesti o movimenti immediatamente evidenti, a meno che non siano utilizzati per identificare o inferire emozioni. Tali espressioni possono essere espressioni facciali di base quali un aggrottamento delle sopracciglia o un sorriso, gesti quali il movimento di mani, braccia o testa, o caratteristiche della voce di una persona, ad esempio una voce alta o un sussurro*». Con l'avvento dei sistemi di IA più noti (*Gemini*, *ChatGpt*, *Copilot*) si è tuttavia assistito ad un rapido sorpasso della normativa in quanto tutti i sistemi citati tra parentesi risultano perfettamente in grado di captare, riconoscere e restituire emozioni umane simulate.

[43] Questa posizione, geopoliticamente più vicina agli USA, è emersa anche durante la conferenza stampa congiunta del 27 febbraio 2025, in cui il Primo Ministro britannico ha dichiarato che "*Invece di sovra-regolamentare queste nuove tecnologie, stiamo cogliendo le opportunità che offrono*". La conferenza stampa completa è disponibile sul sito di REUTERS all'indirizzo https://www.reuters.com/world/uks-starmer-trump-work-economic-deal-with-ai-its-core-2025-02-27/.

o due giganti della corsa alla singolarità come Stati Uniti e Cina, con quest'ultima che tende ad un approccio statale centralizzato[44]).

È indubbio però che l'intelligenza artificiale in potenza può colmare le disuguaglianze strutturali, ridurre le distanze geografiche e sociali e generare benefici diffusi, come è evidente nel settore dell'assistenza sanitaria[45], dove sistemi di intelligenza artificiale ben addestrati stanno identificando modelli e correlazioni che sfuggono anche ai più abili ricercatori umani, consentendo diagnosi più precoci, trattamenti più personalizzati e scoperte scientifiche più rapide.

La proliferazione di linee guida, principi etici e quadri normativi ha accresciuto la consapevolezza generale sulla nuova tecnologia nel Regno Unito, responsabilizzando le diverse istituzioni, ma rischia anche di creare un panorama frammentato e incoerente. D'altra parte, l'ampia adozione di un approccio *laissez-faire*, in cui l'innovazione viene lasciata evolvere senza un adeguato ancoraggio normativo, apre le porte a un ampio spettro di scenari di IA, ponendo il serio rischio di una verticalizzazione del potere di controllo sui sistemi di IA che lasci totalmente da parte i due fondamentali principi di trasparenza e democraticità. Pertanto, l'efficacia dei meccanismi di governance – siano essi normativi, istituzionali o tecnici – diventa cruciale nel determinare la traiettoria di implementazione dell'IA. Quale che sia l'approccio seguito, tuttavia, vi sono alcuni temi che rimangono centrali, come la trasparenza, l'equità e la gestione del rischio.

---

[44] Nel 2007, il Consiglio di Stato cinese ha pubblicato le Linee guida per la costruzione di un sistema di credito sociale (SCS), dove si combinava il concetto di "teoria dei giochi" economica con la possibilità di ampliare la capacità dello Stato di raccogliere dati sui partecipanti al mercato al fine di promuovere una nuova virtù sociale. Il sistema raccoglie un'ampia gamma di dati da diverse fonti, tra cui registri finanziari, comportamenti di pagamento, transazioni finanziarie, attività online e social, informazioni personali e altro ancora. I dati raccolti vengono analizzati utilizzando algoritmi di intelligenza artificiale e tecniche di analisi dei dati per identificare modelli, tendenze e comportamenti significativi. I punteggi di credito sociale possono influenzare molti aspetti della vita quotidiana, tra cui l'accesso al credito, l'occupazione, l'istruzione, le opportunità di viaggio e altri servizi e privilegi. Sul punto v. W. Zhengdong Hu, *China's Social Credit System: A Case of Political Leaders and Entrepreneurs*, Palgrave Macmillan Cham, 2025. Da ultimo si richiamano le *China's Interim Measures on Generative AI* (https://www.china-briefing.com/news/how-to-interpret-chinas-first-effort-to-regulate-generative-ai-measures/), che mirano a bilanciare innovazione e supervisione statale, garantendo che i servizi di IA generativa operino entro limiti etici e legali, promuovendo al contempo lo sviluppo di applicazioni di IA sicure e affidabili. I fornitori devono aderire agli standard di sicurezza nazionale, proteggere la privacy dei dati degli utenti e garantire che i contenuti generati dall'IA siano in linea con i valori socialisti e non interferiscano con l'ordine sociale. Gli sviluppatori di modelli di IA generativa devono implementare valutazioni della sicurezza e strategie di gestione del rischio per identificare potenziali problemi. I contenuti generati dall'IA devono essere chiaramente etichettati per distinguerli dal materiale creato dall'uomo e devono essere predisposti meccanismi che consentano agli utenti di segnalare contenuti inappropriati. I fornitori di servizi di IA generativa sono responsabili di garantire che i loro modelli non producano contenuti fuorvianti o illegali.

[45] Seppur nell'ordinamento italiano non esista ancora una legge per la regolamentazione della telemedicina, dei diritti del paziente e degli obblighi degli esercenti le professioni sanitarie nella erogazione delle prestazioni mediche con tale modalità, in quanto l'unico riferimento normativo è la legge n. 24 dell'8 marzo 2017. Anche a livello europeo non esiste ancora una normativa, benché la Commissione Europea con la Comunicazione COM (2008)689 del 4 novembre 2008 avesse individuato una serie di azioni rivolte a tutti i livelli di governo, sia in ambito comunitario sia dei singoli Stati Membri, per favorire l'integrazione dei servizi di telemedicina nella pratica clinica e rimuovere le principali barriere alla loro piena ed efficace applicazione.

La diffusione dei principi di governance dell'IA tra le agenzie e le istituzioni britanniche, seppur in un turbolento clima politico fatto di rapide successioni di Primi Ministri, maggioranze parlamentari e monarchi, ha già creato una base di *soft law* che non può essere facilmente annullata o slegata da un contesto sovranazionale, nemmeno da un singolo atto o dichiarazione. Si tratta infatti di valori, principi e caratteristiche etiche[46] su cui costruire un percorso comune, transnazionale, che possa auspicabilmente portare a normative sovranazionali quanto più possibile efficaci e condivise.

[46] Su queste posizioni si è espresso anche Papa Francesco trattando nel corso del suo pontificato la materia dell'IA in relazione alla lotta alle disuguaglianze ed alla necessità di riconoscerne una visione umanocentrica. Si pensi, ad esempio, al Messaggio per la 57ª Giornata Mondiale della Pace, dal titolo *Intelligenza artificiale e pace* diffuso il 14 dicembre 2023. In questo testo il Pontefice ha messo in luce la natura ambivalente delle nuove tecnologie che, da un lato, si pongono come una straordinaria opportunità e, dall'altro, come un rischio concreto e da contrastare, soprattutto quando il loro uso spinge verso l'automazione dei conflitti bellici, la sostituzione del giudizio umano in ambito giuridico e il potenziamento di strumenti di controllo e manipolazione dell'essere umano. Allo stesso tempo, il Papa ha lanciato un appello per una regolamentazione condivisa a livello globale, coinvolgendo responsabili politici, comunità scientifica, mondo imprenditoriale ed educativo, con l'obiettivo di promuovere un futuro digitale più giusto e rispettoso della dignità umana (https://www.vatican.va/content/francesco/it/messages/peace/documents/20231208-messaggio-57giornatamondiale-pace2024.html).

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-C68

costituzionalismo britannico e irlandese

Teoria e storia costituzionale

Legislativo ed esecutivo nel Novecento inglese Appunti sulle Reflections on the Constitution di Harold J. Laski

Lorenzo Pacinotti
Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno, Università degli studi di Firenze

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Legislativo ed esecutivo nel Novecento inglese Appunti sulle Reflections on the Constitution di Harold J. Laski**

di Lorenzo Pacinotti*

Abstract (Ita): Muovendo dalle Reflections on the Constitution di Harold Laski, l'articolo evidenzia la crescita delle funzioni esecutive e il protagonismo del Cabinet nella prima metà del Novecento inglese, interrogandosi su come tali trasformazioni sfidino la storica centralità della House of Commons.

Abstract (Eng): Based on Harold Laski's Reflections on the Constitution, the article highlights the growth of executive functions and the increasing prominence of the Cabinet in the first half of Twentieth-Century England, questioning how these transformations challenge the historical institutional centrality of the House of Commons.

Parole chiave: Laski; legislativo; esecutivo; gabinetto

Keywords: Laski; legislative; executive; cabinet

Sommario: 1. Alla scoperta dell'ultimo Laski

1. Alla scoperta dell'ultimo Laski

Osservata nella sua interezza, la monumentale vastità del discorso laskiano ha, per profondità e spessore concettuale, una importanza fondamentale nella storia del diritto pubblico e nella filosofia politica novecentesca.

Studies in the Problem of Sovereignty (1917) e *Authority in the Modern State* (1919) hanno un posto di rilievo nel descrivere i caratteri del pluralismo giuridico d'oltremanica del primo Novecento, nonché nell'esporre l'esigenza di abbattere il mito della sovranità statuale e di radicare l'autorità in una dimensione che abbracci la realtà delle forze lavoristiche e dei gruppi sociali. *Grammar of Politics* (1925), certo l'opera più coerente e completa di tutta la sua produzione, rappresenta il tentativo di consolidare, sul terreno propriamente giuridico e attraverso l'irrobustimento della teoria dei servizi pubblici, il progetto di graduali riforme sociali avviato dal fabianesimo dei coniugi Webb. Quelle contenute in *Liberty in the Modern State* (1930) sono considerazioni che possono a ragione essere annoverate nella grande tradizione che, con John Stuart Mill, Thomas Hill Green e Leonard Trelawny Hobhouse, riflette sul problema della libertà posto dal collettivismo e sui dilemmi, sempre attualissimi, che ruotano attorno alle sue definizioni negative e positive. *Democracy in Crisis* (1933), *The State in Theory and Practice* (1935) e *Parliamentary Government in England* (1938), per quanto criticate dalla cultura accademica perché condizionate da una impostazione marxista solo latente negli studi sul *Communism* (1927), restano un ineliminabile punto di riferimento per comprendere la crisi della democrazia parlamentare in un contesto ormai segnato dalla ferocia totalitaria e da tristi presagi belligeranti. Le *Reflections on the Revolution of Our Time* (1943), pur presentando un quadro poco sistematico e incapace di risolvere la contraddizione tra il pluralismo giuridico e la montante pianificazione amministrativa, offrono un

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno, Università degli studi di Firenze

esempio teorico di come la democrazia possa convivere con un progetto laburista di riforme sociali di stampo radicale[1].

Questo articolo non intende ripercorrere tali orizzonti tematici[2]. Muove piuttosto dalla esigenza di fotografare, proprio al termine di un lungo itinerario, lo stadio finale della riflessione costituzionale di Harold Joseph Laski, in modo da coglierne alcuni approdi conclusivi spesso poco soppesati dalla dottrina. Diviene pertanto utile riscoprire un testo, dalla importanza apparentemente marginale, che raccoglie le lezioni tenute, proprio poco prima della morte, nella seconda settimana di febbraio del 1950[3]. Pubblicate postume nel 1951, le *Reflections on the Constitution* sono dunque la mera raccolta di suggestioni prive di una trattazione esauriente, di risposte complete, di una ponderata ricalibratura sistematica. Taluni aspetti, nondimeno, segnalano la rilevanza dell'opera e suggeriscono la necessità di una attenta rilettura dei suoi contenuti.

In primo luogo, la Costituzione: se colto in rapporto ai principali concetti che qualificano la sua riflessione – sovranità, autorità, libertà, democrazia, Stato, Parlamento, rivoluzione – il discorso costituzionale ci pare assuma una portata determinante, giacché ben racconta di una svolta scientifica che andava da almeno un quarto di secolo consumandosi, all'interno della *London School of Economics*, sull'onda della grammatica laskiana. Nel promuovere un approccio funzionalista che intende il diritto come strumento solidaristico di riforma da inserire all'interno della macchina complessiva dei poteri pubblici, *Grammar of Politics*

[1] Citati in ordine cronologico di prima pubblicazione: H.J. Laski, *Studies in the Problem of Sovereignty*, New Haven, Yale University Press, 1917; Id., *Authority in the Modern State*, New Haven, Yale University Press, 1919; *A Grammar of Politics* [1925], London, Allen & Unwin, 1938; Id., *Communism*, London, Williams and Norgate, 1927; *Liberty in the Modern State* [1930], trad. it., *La libertà nello Stato moderno*, a cura di Alessandro Schiavi, Bari, Laterza, 1931; Id., *Democracy in Crisis*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1933; Id., *The State in Theory and Practice*, London, Allen & Unwin, 1935; Id., *Parliamentary Government In England. A Commentary*, London, Allen & Unwin, 1938; Id., *Reflections on the Revolution of Our Time* [1943], New York, Viking Press, 1947.

[2] Le severe critiche di H.A. Dean, *The Political Ideas of Harold J. Laski*, New York, Columbia University Press, 1955, p. 344 hanno segnato un ineludibile punto di riferimento per la letteratura, contribuendo a determinare la scarsa fortuna di Laski nella seconda parte del Novecento. Si segnalano comunque alcune voci significative che tendono a recuperarne il messaggio: M. Peretz, *Laski Redivivus*, in *Journal of Contemporary History*, vol. 1, n. 2, 1966, pp. 87-101; H.M. Magid, *English Political Pluralism. The Problem of Freedom and Organization*, New York, AMS Press, 1966; B. Zylstra, *From Pluralism to Collectivism: the Development of Harold Laski's Political Thought*, Assen, Van Gorcum, 1968; W.H. Greenleaf, *Laski and British Socialism*, in *History of Political Thought*, vol. 2, n. 3, 1981, pp. 573-591; C. Palazzolo, *La libertà alla prova. Stato e società in Laski*, Pisa, ETS, 1979; P. Lamb, *Harold Laski. Problems of Democracy, the Sovereign State, and International Society*, New York, Palgrave Macmillan, 2004. Si vedano ora anche i contributi di M. Loughlin, *The Political Jurisprudence of Harold J. Laski*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 50, 2021, pp. 251-281 e Id., *Laski's Materialist Analysis of the British Constitution*, in M. Goldoni, M.A. Wilkinson (eds.), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, pp. 64-75. Da ultimo il mio L. Pacinotti, *Revolution by Consent. Un'ipotesi di lettura del Laski giurista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 53, 2024.

[3] Lezioni tenute presso l'università di Manchester; città dove era nato nel 1893, prima di giungere a Oxford per gli studi, trasferirsi in America nelle prime fasi della carriera accademica e rientrare a Londra nel 1920 alla *London School of Economics*, dove nel 1926 erediterà la cattedra di Graham Wallas, nella quale resterà fino alla morte del 24 marzo 1950.

assurge, si noti, a manuale fondativo della moderna *public law* inglese[4]. Avvia difatti prospettive presto raccolte dal diritto amministrativo di William Alexander Robson[5]. Parimenti, ma ancor più in generale, tale grammatica influenza direttamente *The Law and the Constitution* di Ivor Jennings[6]; opera capace, solo nel 1933, di offrire la prima concreta formulazione di una proposta costituzionale in tutto alternativa all'individualismo ottocentesco della diceyana *Law of the Constitution*[7].

Rileggere le *Reflections on the Constitution*, inoltre, rappresenta un esercizio non irrilevante per indagare i dilemmi che, nella realtà del secondo dopoguerra, caratterizzata dalla recezione del piano Beveridge e dal *Welfare State* laburista, abbracciano la riforma collettivistica dell'ordinamento e, al contempo, l'ineliminabile necessità di garantire la democrazia pluralista e il rispetto delle libertà fondamentali. Collocare le *Reflections* all'interno del contesto sociale post-bellico è operazione imprescindibile per comprendere l'effettiva consistenza del messaggio laskiano, atteso che la scelta dell'effettività e la convinzione di dover ricercare l'essenza giuridica nell'empirismo dei fatti e nel loro continuo mutamento rappresenta uno dei cardini costanti della sua visione; e sono lezioni, impartite in un mondo immerso nelle epocali novità della *social citizenship* e della indivisibilità tra diritti civili-politici-sociali[8], certamente condizionate dall'impegno militante del nostro nella campagna elettorale laburista per le elezioni del 23 febbraio 1950. Anche qualora si ammetta – riprendendo argomenti spesso utilizzati dai critici – che le riflessioni siano politicamente determinate e in prevalenza condizionate dalla fede socialista, è certo che la militanza accentui la spontaneità del lessico e la franchezza espositiva; restituendoci così una analisi funzionale alla proposta *de iure condendo* che, lungi dall'essere strumentale ovvero edulcorata, illumina effettivamente la proiezione contemporanea della sua ricerca.

Le lezioni sono infine utili – lo si chiarirà di seguito – per riflettere sui complessi rapporti novecenteschi tra il potere legislativo ed esecutivo, alla ricerca di una costante richiesta di democratizzazione della macchina burocratica. Proprio l'afflato democratico, nel tentativo di mediare tra autorità e pluralismo, indirizzo e garanzia, libertà ed eguaglianza, obbedienza e resistenza, partecipazione e governabilità, resta uno degli elementi unificanti di un complesso itinerario scientifico, di un discorso – quello laskiano – sempre in divenire al mutare di attori e contesti.

2. *The English Constitution* e la crescita dell'esecutivo

L'esame trae spunto dal libro, pubblicato nel 1947, *Thoughts on the Constitution* di Leo Amery, già segretario di Stato per le colonie e *backbencher* ai Comuni come membro del partito

[4] «*Grammar of Public Law*» è l'indicativo titolo utilizzato da M. Loughlin, *The Political Jurisprudence of Harold J. Laski*, cit., p. 265 e ss.
[5] Il riferimento è al fondamentale libro di W.A. Robson, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution* [1928], London, Stevens, 1951.
[6] W.I. Jennings, *The Law and the Constitution* [1933], London, University of London Press, 1948.
[7] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1885], trad. it., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, Il Mulino, 2003.
[8] T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class* [1950], trad. it., *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

conservatore, celebre per quel «*in the name of God, go!*» di cromwelliana memoria rivolto a Neville Chamberlain nel maggio 1940; uno dei discorsi più importanti della storia parlamentare inglese che aveva contribuito, nell'ora più buia, a provocare le dimissioni del suo esecutivo e a dare avvio al primo governo Churchill.

Tesi del libro: data la crescita novecentesca delle funzioni esecutive, il Parlamento non rappresenta più il fulcro dell'ordine costituzionale capace di modellare il sistema di governo. È il *Cabinet*, all'opposto, il vero protagonista, quantomeno in un ordine di prevalenza tra i due attori: nella pratica della vita istituzionale e non nell'astratta teoria costituzionalistica, è il gabinetto a controllare il Parlamento e non viceversa.

«*The central directing instrument of government, in legislation as well as in administration, is the Cabinet. It is in Cabinet that administrative action is co-ordinated and that legislative proposals are sanctioned. It is the Cabinet which controls Parliament and governs the country*»[9].

Frutto di una lunga esperienza maturata nelle attività parlamentari e di alta amministrazione, il libro, pur riprendendo lo stile e l'attenzione alla prassi istituzionale della *English Constitution* di Walter Bagehot, ne disconosce gli assunti fondamentali, promuovendo all'opposto un sostanziale ribaltamento del suo schema storico. Aveva scritto Bagehot nel 1867: «il segreto che rende efficace la Costituzione inglese può essere individuato nella stretta unione, nella fusione pressoché completa del potere esecutivo con quello legislativo. La dottrina tradizionale dominante pretende che la bontà della nostra Costituzione consista nella completa separazione dell'autorità legislativa da quella esecutiva; ma in verità la sua superiorità sta proprio nella loro eccezionale vicinanza. Il loro connettivo è costituito dal gabinetto»[10].

Il risultato è, per Amery, quello di continuare a suggerire, a distanza di quasi un secolo, che la Costituzione sia «*a system based on the delegation of authority by the electorate to a Parliament which, in its turn, delegated the day-by-day exercise of that power to a Cabinet which was, in substance, only a committee – to use Bagehot's phrase – of the parliamentary majority*»[11].

A conclusioni non diverse, in verità, era già pervenuto lo Jennings nel suo *Cabinet Government* (1936), laddove aveva affermato che «*the Cabinet is the core of the British constitutional system. It is the supreme directing authority*»[12]. Sono ormai troppo diversi i contesti per credere che il gabinetto, alle prese con il governo di istanze e regolazioni amministrative completamente diverse da quelle vittoriane e straordinariamente ampliate nel corso del tempo, sia la mera e diretta espressione della maggioranza ai Comuni e non abbia acquisito, di contro, un ruolo decisivo nel condizionamento degli equilibri parlamentari.

---

[9] L.S. Amery, *Thoughts on the Constitution* [1947], London, Oxford University Press, qui citato nell'edizione del 1964.

[10] W. Bagehot, *The English Constitution* [1867], trad. it., *La Costituzione inglese*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 52.

[11] L.S. Amery, *Thoughts on the Constitution,* cit., p. 13.

[12] W.I. Jennings, *The Cabinet Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, p. 1. È A. Torre, *Interpretare la Costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 404 a notare due interpretazioni di segno opposto, «la prima delle quali si può definire parlamentarista (di essa si ha una versione eloquente nella riflessione di Walter Bagehot per cui in fin dei conti il *cabinet* non è altro che il più importante e influente *committee* del parlamento, e la seconda, che si può considerare *cabinet-based*, con Sir Ivor Jennings individua nel gabinetto la "supreme directing authority"».

Anche per Laski, in effetti, lo scenario di Bagehot è troppo distante da quello novecentesco. Come scrive nelle *Reflections on the Constitution*, «*at least up to the Reform Act of 1867 the House of Commons mainly conceived itself as a body the purpose of which was to safeguard property*»; nei primi due terzi dell'Ottocento, il governo aveva il dichiarato obiettivo di «*maintain the authority of property-owners under the constitution*»; entrambi i partiti, impegnati nel difendere gli interessi, ora dei proprietari terrieri, ora del libero commercio, «*strongly favoured a policy of laissez-faire; and despite collectivist legislation like the Factory Acts, the doctrine that the government should interfere with the life of the individual was the exception, and not the rule, in legislation*»[13]. Pur archiviata la visione cetuale, tipica di William Blackstone o di Edmund Burke[14], la *English Constitution* di Bagehot restava segnata da un fermo contenuto individualista e da un contesto in cui vigeva l'assoluto protagonismo del diritto di proprietà, immutato centro nevralgico della teoria costituzionale inglese almeno sino dai lockiani *Two Treatises of Government*[15].

Solo il consolidamento della società industriale su larga scala, durante la stagione dell'alternanza tra i governi Gladstone e Disraeli, tende a modificare tale paradigma. È proprio negli anni del dibattito sul *Second Reform Act* del 1867 che Dicey data l'irrompere del «collettivismo»[16]; e ciò guardando a un inventario di compiti pubblici sensibilmente crescente e sempre più difficilmente qualificabile come mera eccezione di un ordine, tipicamente liberale, fondato sul *laissez-faire*, la proprietà e il libero agire del mercato[17]. E nelle successive decadi, il Regno vara significative riforme rivolte alla costruzione di un sistema scolastico effettivamente controllato dal pubblico[18], nonché alla modificazione degli assetti giuslavoristici con il definitivo riconoscimento legale delle associazioni sindacali e le prime tutele contro gli infortuni industriali[19].

La svolta definitiva si consuma invero con le riforme dei governi *New Liberal* dopo le elezioni del gennaio 1906: l'azione sociale dello Stato, sia nella qualità che nelle dimensioni, diviene un aspetto centrale nell'organizzazione della vita collettiva in grado di tracciare una via, relativamente diretta, verso le riforme del futuro *Welfare State*. Oltre a tutelare l'azione sindacale, predisporre servizi assistenziali e sanitari in ambito scolastico, ampliare

[13] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., le citazioni sono a p. 18.
[14] Per una panoramica generale per cogliere le specificità del modello inglese nel confronto con i sistemi europei, M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 1-49 e Id., *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999.
[15] J. Locke, *Two Treatises of Government* [1690], trad. it., *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Torino, UTET, 1982.
[16] A.V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* [1905], trad. it., *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, Bologna, 1997, lezione ottava, «il periodo del collettivismo», pp. 275-310.
[17] È storicamente importante il contributo di O. MacDonagh, *The Nineteenth-Century Revolution in Government: A Reappraisal*, in *The Historical Journal*, vol. 1, n. 1, 1958, pp. 52-67. Cfr. poi H. Parris, *Constitutional Bureaucracy*, trad. it., *Una burocrazia costituzionale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1979, pp. 361-391; S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 19, 1990, pp. 5-82; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 434-440.
[18] Il riferimento è al percorso che corre dall'*Elementary Education Act* [1870], 33 & 34 Vict., c. 75 all'*Education Act* [1902], 2 Edw. 7, c. 42.
[19] *Trade Union Act* [1871], 34 & 35 Vict., c. 31 e *Workmen's Compensation Act* [1897], 60 & 61 Vict., c. 37.

il meccanismo assicurativo contro gli infortuni sul lavoro, le riforme introducono la pensione non contributiva per gli anziani indigenti dell'*Old Age Pensions Act*[20] del 1908 e l'assicurazione obbligatoria contro le malattie e la disoccupazione di cui alle due parti del *National Insurance Act* del 1911[21].

Parte dello stesso disegno riformista e frutto delle tensioni alimentate dal *People's Budget* per finanziare la legislazione sociale, il *Parliament Act* del 1911, più che incentivare il ruolo dei Comuni[22], già da tempo assolutamente egemoni nella definizione dell'indirizzo politico, certifica il proseguimento dell'evoluzione del modello parlamentare verso la democrazia di massa e la dimensione pluriclasse dello Stato[23]. La redistribuzione promossa dal *People's Budget* e dalle riforme welfariste, unite alla battaglia contro i privilegi e le oziosità dei *Lords*, sembrano simbolicamente disegnare, oltre al definitivo venir meno della vecchia Costituzione cetuale, la crisi della Costituzione liberale e il cammino verso la Costituzione democratica[24].

Più di tutto, però, è il tema amministrativo a evidenziare il distacco dalla tradizione. È proprio il *National Insurance Act* a confermarlo: in aggiunta all'obbligatorietà dello schema assicurativo in grado di abbattere la cultura della filantropia privata e del *self-help*, in aggiunta al centralismo amministrativo capace di sconvolgere la tradizione del localismo municipale e del *self-government*, in aggiunta al diffondersi di ampie competenze regolamentari abili nell'erodere le certezze della storica *parliamentary sovereignty*, il sistema dei *tribunals*, grazie alla montante organizzazione delle prestazioni e servizi sociali, andrà propagandosi con rapidità sconosciute al contesto ottocentesco, finendo per sfidare il predominio delle Corti ordinarie e la costruzione puramente liberale del *Rule of Law*, nonché creando – agli

[20] *Old Age Pensions Act* [1908], 8 Edw. 7, c. 40.
[21] Il *National Insurance Act* [1911], 1 & 2 Geo. 5, c. 55.
[22] Cancellando un privilegio cetuale ancora riconosciutogli, i *Lords*, ai sensi della legge, hanno ora il divieto assoluto di respingere una legge finanziaria e possono rifiutarsi di approvare solamente due volte tutti gli altri *public bills* con un *delaying power* di due anni (il tempo che deve necessariamente intercorrere tra le due ultime letture dei Comuni): rispettivamente, s. 1 e 2, *Parliament Act* [1911], 1 & 2 Geo. 5, c. 13.
[23] Se per A.V. Dicey, *The Parliament Act*, *1911*, *and the Destruction of All Constitutional Safeguards*, W.R. Anson (ed.), in *Rights of Citizenship. A Survey of Safeguards for the People*, London, Frederick Warne, 1912, p. 81, il «*Parliament Act has destroyed our last effective constitutional safeguard*», anche lo storico del diritto William Sharp McKechnie registra come la propensione egualitaria della *New Democracy* rischi di compromettere le storiche garanzie costituzionali (W.S. McKechnie, *The New Democracy and the Constitution*, London, J. Murray, 1912, nel capitolo V, «The Theoretical Basis for Democracy»). Sull'*Act* si veda anche il commento di G. Arangio-Ruiz, *La odierna questione costituzionale inglese. Nota di cronaca e raffronti*, in *Rivista di diritto pubblico*, III, 1911, pp. 447-459. Per un quadro dettagliato delle questioni sorte a seguito del *People's Budget*, C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 218-224.
[24] Si trae spunto dalle categorie di Fioravanti: si veda qui la sintesi M. Fioravanti, *Stato e Costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3-36.

occhi di Dicey – «un sistema caratterizzato da una forte somiglianza con il diritto amministrativo francese»[25].

Si ricordi che, da sempre contrario al centralismo burocratico di stampo statuale, Laski costruiva la teoria pluralistica degli scritti giovanili anche a partire dalla critica alla legislazione *New Liberal* che, pur producendo importanti innovazioni, determinava un «*immense increase of centralisation*»[26] e una «*drift towards bureaucratic control*»[27]. Non è un caso, dunque, che nelle *Reflections* del 1950 si muova dall'osservazione di tali eventi per evidenziare una crescita di funzioni e apparati esecutivi destinata, inevitabilmente, a condizionare gli assetti costituzionali[28].

«*No one would seriously suggest that the House of Commons should refuse to permit the adaptation of its habits to new demands of a civilisation that has probably changed more intensely, since 1906, than it had done in the 218 years from the "Glorious Revolution", and the famous Liberal victory, though itself perhaps the final symbol of the end of the Victorian Age, seems, even to people who remember as I do almost an infinite distance away. In 1906, we were far from universal suffrage. The whole of national expenditure was little more than a quarter of what today we spend on defence alone [...]. There was no health insurance, no unemployment insurance; apart from Mr. and Mrs. Webb, and the young leader-writer on the Morning Post, now Lord Beveridge, I doubt whether anyone, least of Mr. Churchill, had ever heard of a Labour Exchange*»[29].

Alla luce di questo quadro, impossibile non notare come la crescita dell'esecutivo sia il principale fattore di trasformazione della prima metà del Novecento: una metamorfosi in grado di sfidare l'autorità del Parlamento e, con questa, l'essenza più intima del costituzionalismo inglese sin dalla seconda rivoluzione gloriosa. Pur segnate da culture perlopiù reazionarie se non da faziose battaglie di retroguardia, le invettive del *New Despotism* (1929) lanciate da Lord Hewart, *Chief Justice of England*, erede dunque della posizione di Coke e di quello storico scontro con il dispotismo seicentesco, sono animate, nei fatti, da questo retroterra[30]. Non sono troppo diverse, ancorché più misurate e attente, le considerazioni avanzate da Allen circa una nuova *Bureaucracy Triumphant* (1931)[31]. Anche per Laski, si noti, la crescita delle funzioni di governo rappresenta il più impressionante elemento di trasformazione costituzionale.

---

[25] A.V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion*, cit., p. 28. Tali argomenti saranno subito ribaditi in Id., *The Development of Administrative Law in England*, in *Law Quarterly Review*, XXXI, 1915, pp. 148-153. Su tali direttrici si sofferma G.F. Ferrari, *La sicurezza sociale in Gran Bretagna*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1981, pp. 945-953. Sulle diversità, comunque persistenti, tra il modello inglese e quello continentale, S. Cassese, *Il diritto amministrativo*: *storia e prospettive*, Milano, Giuffré, 2010, pp. 3-121.

[26] H.J. Laski, *Authority in the Modern State*, cit., p. 94.

[27] Ivi, p. 110.

[28] Per una sintesi sulle trasformazioni costituzionali del Novecento, si rimanda all'introduzione di V. Bogdanor nel volume da lui curato V. Bogdanor (a cura di), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 1-28 e al successivo articolo di G. Marshall, *The Constitution: Its Theory and Interpretation*, cit., pp. 29-68.

[29] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., pp. 13-14.

[30] G. Hewart, *The New Despotism* [1929], London, Benn, 1945.

[31] C.K. Allen, *Bureaucracy Triumphant* [1931], London, Scientia, 1977.

«*The immense growth in the authority of the Cabinet in the first half of the twentieth century is, in many ways, the most striking aspect of constitutional change in this period. It has, of course, been greatly assisted by the impact of two world wars, in each of which the centralisation of power in its hands was an inevitable concomitant of organisation for victory, and this centralisation was, in its turn, strengthened by the fact that in each of the conflicts, the Prime Minister became, in the first case just after two years, and, in the second, just after nine months, almost a dictator by consent upon whose leadership the general character of the war effort came to depend. It is unquestionable that a large part of the Cabinet's power is the outcome of a relative decline in the authority of Parliament*»[32].

Difficile, specie considerando le drammatiche sfide poste dalle due guerre mondiali, non registrare come il centralismo di governo sfidi, con crescente insistenza, lo storico equilibrio costituzionale. Proprio la grande macchina del «*Civil Service of 1914 made a contribution of overwhelming importance to victory in the first World War*»[33]. E la prima guerra mondiale sconvolge gli equilibri, apre la strada a un «*new world*»[34] fondato sul valore pubblicistico e costituzionale del lavoro, nonché su una cultura del *management* industriale che permea capillarmente l'organizzazione amministrativa e contribuisce a plasmare l'ideale dello Stato inteso come «*public service corporation*»[35]. Concretizzando le profezie avanzate da John Maynard Keynes nella *End of Laissez-Faire* e le evidenze economiche messe in luce nella successiva *General Theory*[36], la seconda guerra mondiale offre il retroterra solidaristico per i successi del piano Beveridge e per le epocali riforme laburiste, completamente operative dal 1948; riforme con le quali viene istituita un'assicurazione sociale quasi interamente universalistica, un'assistenza inclusiva e in tutto contraria alla concezione colpevolistica del vecchio sistema della *Poor Law* e, infine, il *National Health Service*, al tempo in cui Laski tiene le sue lezioni ancora interamente gratuito e completamente accessibile[37], forse il più fulgido esempio delle nazionalizzazioni laburiste, atteso che tutti gli ospedali del Regno, sia *voluntary* che *municipal hospitals*, sono ora posti sotto la diretta gestione ministeriale. Ma il progetto nazionalizzante assume proporzioni capillari e interessa anche la grande rete industriale, trasformando in *public corporations* tramite i relativi *Acts*, tra il 1946 e il 1949, Banca d'Ing-

[32] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., p. 95.
[33] Ivi, p. 163.
[34] Ivi, p. 164.
[35] H.J. Laski, *Authority in the Modern State*, cit., p. 31 e 378. Per una prospettiva aperta allo scenario europeo, B. Sordi, *Pubblico e privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 154-165.
[36] J.M. Keynes, *The End of Laissez-Faire* [1926], trad. it., *La fine del Laissez-Faire e altri scritti*, a cura di G. Lunghini, Torino, Bollati Boringhieri, 1991 e Id., *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, London, Macmillan, 1936.
[37] Recependo quasi integralmente le proposte del *Beveridge Report of the Inter-Departmental Committee on Social Insurance and Allied Services* [Cmd. 6404], 1942, si fa riferimento, rispettivamente, al *National Insurance Act* [1946], 9 & 10 Geo. 6, c. 67, al *National Assistance Act* [1948], 11 & 12 Geo. 6, c. 29 e al *National Health Service Act* [1946], 9 & 10 Geo. 6, c. 81. Il percorso evolutivo è ricostruito in L. Pacinotti, *L'ingranaggio della cittadinanza sociale. Il Welfare State britannico tra National Insurance e National Health Service*, Milano, Giuffré, 2023.

hilterra, industria del carbone, ferrovie, compagnie aeree e trasporti autostradali, elettricità, gas, ferro e acciaio[38].

È innegabile che una pubblicizzazione così ingente permei l'intero ordinamento, modellandone la fisionomia e delineandone l'assetto collettivistico. I difficili rapporti tra Parlamento ed esecutivo, conseguentemente, «*are further complicated by large-scale growth of state-controlled industry, especially in the form of Public Corporation*»[39]. Del resto, quello volto a costruire una equilibrata *planned society* è uno degli aspetti più controversi della proposta laskiana, giacché risulta ben difficilmente compatibile con lo spirito anti-burocratico che caratterizza le prime monografie, *Studies in the Problem of Sovereignty* su tutte[40]. V'è indubbiamente un rischio resistente: serve costantemente predisporre delle contromisure «*against the danger that a publicly owned industry, which does not have to answer the House of Commons for its day-to-day work, would slip into those bureaucratic habits which may easily become endemic in all large-scale enterprises*»[41].

La diffusione delle pratiche burocratiche, intese nella loro veste più neutra e avulsa dal diretto controllo della politica, alimentava poi la tensione con la tradizione del *Rule of Law*; una tensione ben più risalente, verrebbe da dire, giacché databile sin dal capitolo XII della diceyana *Law of the Constitution* e dalla presunta incompatibilità tra l'ordinamento inglese e ogni forma di giuridicità amministrativa. Che la crescita dell'esecutivo e della giustizia amministrativa incrini i caratteri tipici della *English Constitution*, nondimeno, resta una idea fortunata e una argomentazione ben circolante oltremanica nella prima metà del Novecento: essa accomuna la «*rear-guard action*»[42] di Hewart e di Allen, ma ispira anche la celebre *Road to Serfdom* (1944) di Friedrich August von Hayek[43].

Ben diversa – non serve specificarlo – è invece la posizione di Laski. Preso atto di una crescita delle funzioni esecutive essenziale per il superamento dell'arcigno individualismo ottocentesco, occorre invece ricostruire il *Rule of Law* alla luce di una nuova teoria costituzionale che permetta il radicamento, attraverso la funzione socializzante dei servizi pubblici, di una reale, effettiva, democrazia emancipante.

3. La perdurante centralità dei Comuni?

Resta aperto tuttavia un capitale interrogativo: chiarito che la crescita dell'esecutivo non compromette il generale funzionamento della concezione democratica del *Rule of Law*, è comunque opportuno chiarire i rapporti istituzionali tra Parlamento e governo, le loro influenze reciproche, nonché le interazioni necessarie a concretizzare l'inedita prospettiva emancipante.

---

[38] Rispettivamente, *Bank of England Act* [1946], 9 & 10 Geo. 6, c. 27; *Coal Industry Nationalisation Act* [1946], 9 & 10 Geo. 6, c. 59; *Transport Act* [1947], 10 & 11 Geo. 6, c. 49; *Electricity Act* [1947], 10 & 11 Geo. 6, c. 54; *Gas Act* [1948], 11 & 12 Geo. 6, c. 67; *Iron and Steel Act* [1949], 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 72.

[39] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., p. 199.

[40] M. Piccinini, *Corpo politico, opinione pubblica, società politica. Per una storia dell'idea inglese di costituzione*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 93-116.

[41] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., p. 92.

[42] Ivi, p. 42.

[43] Nonostante conosca un successo più americano che britannico, il libro di F.A. Hayek, *The Road to Serfdom* [1944], trad. it., *La via della schiavitù*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011, è comunque centrale per comprendere l'acceso dibattito di quegli anni.

Ebbene, circa la tesi di Amery, nonostante ne condivida molte delle premesse, il giudizio laskiano resta particolarmente fermo: «*I see no reason to suppose that the status of the House of Commons has deteriorated in the last fifty years*»[44]. Nonostante la moltiplicazione dell'attività del gabinetto, il nostro resta convinto di una perdurante centralità dei Comuni nella definizione degli indirizzi costituzionali.

La centralità, nella specie, si sostanzia nella resistente capacità di attrazione costituzionale tra il potere legislativo e quello esecutivo; la loro vicinanza, soprattutto se comparata con le altre realtà, resta la principale garanzia della democraticità dell'ordinamento inglese. Ne consegue che il significato più profondo della *English Constitution* di Walter Bagehot, certo concepita in un contesto costituzionalmente diverso – se non opposto – a quello del *Welfare State* novecentesco, mantenga una qualche carica attuale, poiché descrive, specie nel confronto con l'idealtipo burocratico di stampo weberiano e la crisi del parlamentarismo sul Continente, il perdurante collegamento tra il potere esecutivo e quello legislativo[45]. «*The central theme of Bagehot's remarkable book* – si ricorda – *consists of a brilliant exploration of his famous discovery that the Cabinet is the "hyphen that joins, the buckle that links" the executive power of the government to its legislative power*»[46].

È per questi motivi che Laski, pur tenendo in considerazione i grandi mutamenti novecenteschi, non accetta l'idea che il Parlamento abbia perduto il proprio storico potere di influenza e la sua sostanziale centralità nel condizionamento dell'equilibrio costituzionale. Sulla base della tradizionale impostazione di Bagehot, «*the Cabinet remains, in essence, a committee of the party or parties with a majority in the House of Commons*»[47].

Più che dal percorso che lega il *Parliament Act* del 1911 a quello del 1949[48], il ruolo centrale dei Comuni sarebbe dimostrato, segnatamente, dalla capacità di destituire, all'evenienza, il Primo Ministro e il suo gabinetto; e lo comproverebbe, proprio nella periodizzazione che anima l'analisi laskiana, sia dalla caduta del governo Balfour del dicembre 1905, premessa per la vittoria *New Liberal* alle successive elezioni, sia nella drammatica sostituzione di Neville Chamberlain nel maggio del 1940 alla quale Amery, come detto, aveva contribuito in modo decisivo con il suo drammatico «*in the name of God, go!*».

«*It was the House of Commons which put the seal of an ignominious end upon the Balfour Cabinet of 1905; and it was the House of Commons which broke the Chamberlain Government in May 1940*»[49].

Certo, anche in una realtà da sempre restia nei confronti di un'autonomia scientifica del diritto pubblico e del rilievo propriamente giuridico dell'esecutivo, l'azione sociale e frenetica del governo, concettualmente opposta alla lenta storicità dell'ordinamento e al tradiz-

[44] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., p. 36.
[45] Per comprendere come, ancora nel 1941, l'analisi di Bagehot possieda una notevole capacità descrittiva per spiegare il nucleo giuridico della democrazia britannica, si veda l'analisi di W.I. Jennings, *The British Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1941, pp. 209-229; autore che, come detto, non manca però di evidenziare il protagonismo del gabinetto e del deterioramento del potere parlamentare.
[46] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., p. 16.
[47] Ivi, p. 97.
[48] *Parliament Act* [1911], 1 & 2 Geo. 5, c. 13 e *Parliament Act* [1949], 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 103.
[49] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., p. 96.

ionale individualismo delle Corti, condiziona fortemente l'ordinamento inglese. E detenendo poteri rilevantissimi nella definizione dell'indirizzo politico e nelle modalità di lavoro del *Cabinet*[50], la figura del Primo Ministro risulta particolarmente indicativa, giacché mostra i mutevoli equilibri, le velate sfumature, le complessità e le contraddizioni dei rapporti tra la Costituzione storica, la sovranità del Parlamento e la crescente strutturazione della macchina di governo; e ciò proprio nel più delicato punto di giuntura, dove tali dimensioni, sfiorandosi, devono reciprocamente e necessariamente comunicare[51].

Il protagonismo del Primo Ministro, tuttavia, è parte di un più generale processo di accentramento che coinvolge tutte le funzioni di governo e, dunque, non si smarca dalle logiche generali della storia novecentesca. L'accentramento dei poteri nelle mani del *premier*, in altri termini, «*is only part of a similar process that is taking place in all areas of governmental authority*»[52]. I termini della questione sono pertanto riportati nel generale schema legislativo contro esecutivo; schema nel quale, nel giudizio laskiano, è ancora possibile registrare una qualche prevalenza del primo potere sul secondo. Di più: «*I see no danger to the supremacy of the House of Commons in the new phase of its long life upon which it has entered*»; non sussistono particolari evidenze che dimostrerebbero il deterioramento del potere dei Comuni. Traspare in queste pagine una sostanziale fiducia nel futuro; con speranze nel funzionamento del sistema istituzionale che aveva espresso solo in *Grammar of Politics* e non erano affatto percepibili nella cupa atmosfera degli anni Trenta tipica di *Democracy in Crisis* o di *The State in Theory and Practice*; opere tutte rivolte a evidenziare il rischio concreto di una cesura rivoluzionaria e del laceramento del tessuto democratico.

Sono però necessari – ecco la parte della proposta – una serie di interventi volti a incentivare la partecipazione democratica in seno alle istituzioni. In piena conformità con uno dei temi che caratterizzano tutta la sua produzione scientifica sin dagli esordi, serve proporre una «*functional devolution*»[53] che valorizzi il pluralismo delle forze sociali all'interno della macchina esecutiva. È sempre alta l'attenzione nei confronti degli eccessi burocratici che agevolano il paternalismo di uno Stato che giganteggia. Mai si pensa a una prospettiva centralizzante che, attraverso le nuove funzioni esecutive, imponga un controllo burocratico dalle logiche commissariali. Nella specie, la proposta laskiana, non troppo dissimile dalle idee già avanzate nel *Report of the Committee on Ministers' Powers* del 1932[54], è quella di creare speciali meccanismi consultivi, rappresentativi delle varie forze sociali in gioco, senza particolari poteri esecutivi, ma comunque in grado di fornire un indicativo «*sample of*

[50] Per una schematica, ma efficace, sintesi storica sull'evoluzione interna al gabinetto nel corso del Novecento, A. Seldon, *The Cabinet System*, in *The British Constitution in the Twentieth Century*, cit., pp. 97-137.
[51] Si rimanda all'ampio volume curato da Alessandro Torre, A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i primi ministri*, Milano, Wolters Kluwer, 2020 e, in particolare, al saggio conclusivo di G.W. Jones, *Reflections on the British Prime Minister*, p. 1197 e ss.
[52] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., p. 119.
[53] Ivi, p. 47.
[54] *Report of Committee on Ministers' Powers* [Cmd. 4060], 1932, pp. 135-137.

public opinion»[55], un campione per misurare la risposta sociologica degli effetti del provvedimento sulla generalità dei cittadini e, in particolar modo, sui gruppi sociali.

È altresì necessario, al contempo, incentivare i meccanismi di governabilità e così erigere «*a stable executive with sufficient authority to drive an important and substantial programme through the House of Commons in the lifetime of a Parliament of five years*»[56]. E ciò nella convinzione che i governi con una maggioranza instabile siano destinati a una minor efficacia amministrativa: «*minority government is almost always a bad government*»[57]. Decisiva in questo senso la vicenda del 1931[58]: la formazione del *National Government* per il salvataggio della sterlina, il 'tradimento' del *premier* laburista Ramsay MacDonald colpevole di aver assecondato la 'truffa dei banchieri', la politica di austerità con i tagli ai sussidi di disoccupazione, avevano spinto Laski a un impegno militante per il riposizionamento del partito e alla conversione alla dottrina marxista[59].

A distanza di quasi un ventennio – e con uno sguardo certo più lucido – si rivendica comunque un dato fattuale. Considerando il venir meno del bipolarismo della competizione elettorale, ristabilita davvero solo con le elezioni del 1945 al termine della seconda guerra mondiale, la coalizione del 1931 «*was a dangerous threat to Parliamentary institutions*»[60]. E insiste nel ritenere che «*between 1931 and Munich*», in un periodo che abbraccia quasi integralmente gli anni Trenta, anche in Inghilterra intervenga un «*decline of belief in the value of Parliamentary institutions*»[61]. Insomma, «*the peace-time coalition of 1931 did serious harm to the status of Parliament*»[62]; un governo d'unità nazionale «*blurs responsibility, it prevents the issues being clearly defined, and it hampers their realistic discussion*»[63].

La centralità del Parlamento, in questa prospettiva, si alimenta, si nutre, si risana tramite la competizione elettorale, il libero dibattito di idee e proposte. Serve insomma superare la «*fear that majority rule will be abused*»[64].

Allo sforzo di incentivare tanto la partecipazione delle forze sociali quanto la governabilità del sistema costituzionale deve nondimeno seguire la costruzione di un *civil service* adatto alle nuove sfide e guidato da una precisa finalità sociale, da un nuovo afflato umanitario. I funzionari amministrativi, troppo spesso concepiti come rigide tessere formalistiche «*and far too little as visual contacts directly experienced*»[65], vanno ripensati sulla base di una dimension-

---

[55] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., p. 52.
[56] Ivi, p. 53.
[57] Ivi, p. 56.
[58] Per una ricostruzione degli eventi del 1931, S. Webb, *What Happened in 1931: A Record*, in *Fabian Tract*, n. 237, 1932, pp. 1-14. Sulla formazione del *National Government* anche P. Clarke, *Hope and Glory. Britain 1900-1990*, trad. it., *Speranza e gloria. L'Inghilterra nel XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 185-232.
[59] «*Socialistic measures, in a word, are not obtainable by constitutional means. Whenever a party in office seeks by legislative action to alter seriously the distribution of wealth, finance-capital will not accept the rule of Parliamentary government*». Così H.J. Laski, *Some Implications of the Crisis*, in *Political Quarterly*, II, 1931, p. 467.
[60] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., p. 65.
[61] Ivi, p. 69.
[62] *Ibidem*.
[63] Ivi, p. 71.
[64] Ivi, p. 93.
[65] Ivi, p. 179.

e esperienziale, su una profonda materialità del dato costituzionale, su uno spirito di servizio pubblico in grado di ispirare l'intero potere di organizzare in capo alle pubbliche amministrazioni[66].

È ora possibile giungere alle conclusioni. Le lezioni laskiane sono da cogliere entro il nuovo spirito costituzionalistico, sospinto dalla nuova temperie collettivista, in tutto contrario alla tradizionale impostazione ottocentesca: non è un caso che le sue riflessioni si chiudano citando proprio la *Full Employment in a Free Society*, il cosiddetto 'secondo' rapporto Beveridge del 1944, assieme alla celebre formula keynesiana – «nel lungo periodo saremo tutti morti» – che intende evidenziare l'urgenza della trasformazione e l'assoluta necessità di promuovere, nell'immediato, un continuo processo riformista[67]. Occorre in sintesi costruire un costituzionalismo sociale «*able to make the social and economic changes our national life requires while retaining the unity of a commonwealth that can live at peace with itself. In the life of the history, it is difficult to imagine a more splendid achievement*»[68]. E non si rinuncia all'afflato democratico – costante in tutta la sua produzione scientifica – che tende a conciliare l'approccio funzionalista di riforma economico-sociale e le esigenze di governabilità amministrative, da un lato, con la garanzia dei diritti individuali e il libero agire delle forze pluralistiche, dall'altro[69].

Allo sguardo retrospettivo, nondimeno, la tesi della perdurante centralità dei Comuni pare difficilmente sostenibile, per vero anche a causa dell'abiura di molti propositi riformisti avanzati da Laski e sempre rivolti a foraggiare la più ampia partecipazione all'interno dei circuiti istituzionali. In una proiezione storica che ricomprenda anche gli itinerari del secondo Novecento, l'ordine giuridico, con un andamento, magari discontinuo o intermittente, ma mai invertito nel suo generale senso di marcia, andrà indirizzandosi verso il predominio dell'esecutivo; non più verso la necessità di fissare legislativamente norme di principio, bensì di attuarle nella pratica amministrativa quotidiana. E il ruolo del Parlamento resta schiacciato dal dibattito, via via privo di intermediazioni, tra elettorato e governo.

Pare allora eccessiva la fiducia laskiana nei semplici meccanismi consultivi volti a segnalare all'aula i problemi applicativi della normativa in cantiere; scarsa invece – almeno in queste pagine – la consapevolezza del proliferare della regolazione amministrativa e della sua incidenza sempre più netta negli interessi e bisogni personali, con il rischio che la

[66] Considerazioni, del resto, non troppo diverse da quelle anticipate in un volume collettaneo del 1922 intitolato *The Development of the Civil Service*, London, King & Son, 1922, arricchito dalla prefazione del Viscount Haldane, al quale partecipano Laski e Beveridge. Ma la necessità di riformare l'apparato del *civil service* restava accesa ancora nel secondo dopoguerra: si pensi all'analisi di H.R.G. Greaves, *The Civil Service in the Changing State*, London, Harrap, 1947.

[67] Cfr. H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., pp. 209-212.

[68] Ivi, p. 93.

[69] Osservando nella sua interezza la sua produzione, è ben chiaro che Laski presti particolare attenzione al tema delle garanzie, tanto che la mediazione, fondata sul consenso, tra il funzionalismo dell'amministrazione sociale e il polo dei diritti di libertà rappresenta forse la cifra più pura della sua riflessione: sia consentito rinviare a L. Pacinotti, *Revolution by Consent*, cit., in particolare, pp. 589-595.

e, possieda ambizioni centralizzanti incompatibili con un ordine che sgorga dal basso e non dall'alto del paternalismo statuale.

A seguito dei fallimenti del secondo governo Attlee, con Churchill di nuovo al numero 10, sarà Richard Crossman nei *New Fabian Essays* a notare che il compito del nuovo Stato sociale «è, oggi, quello di prevenire la concentrazione del potere nelle mani sia del funzionarismo industriale sia della burocrazia statale; insomma, di distribuire le responsabilità e così ampliare il raggio della libertà di scelta. Questo compito non è stato neppure iniziato dal governo laburista. Anzi, nelle industrie nazionalizzate, l'antico apparato funzionaristico è rimasto quasi intatto, e le nomine agli uffici nazionali, regionali e consultivi sembrano aver obbedito al proposito di assicurare che nessun mutamento era previsto. Analogo fu l'atteggiamento del governo di fronte alla pianificazione centrale»[70].

E ancora: «oggi il nemico della libertà umana è la società burocratica, insieme col potere coercitivo centrale che vi si accompagna»[71]. Poco dopo, in un clima di accesa polemica contro la monolitica organizzazione dei servizi sociali e del nuovo *National Health Service*[72], Crossman va oltre: nelle pagine del suo *Socialism and the New Despotism* del 1956, dirette a riformulare la celebre invettiva di Lord Hewart, si spingerà financo ad evidenziare, nonostante la sua vicinanza al laburismo, il carattere «*inherently totalitarian*» del nuovo Stato collettivista.

«*The modern state, with its huge units of organization, is inherently totalitarian, and its natural tendency is towards despotism. These tendencies can only be held in check if we are determined to build the constitutional safeguard of freedom and personal responsibility*»[73].

Non è più procrastinabile l'urgenza di costruire uno strumentario garantistico per proteggere il cittadino dagli abusi del potere statuale e, dunque, di assicurare il vaglio giudiziario delle decisioni amministrative; un dibattito a cui si fornisce una parziale soluzione solo a partire dal *Franks Report* dell'anno successivo, avviando una tendenza che va discostandosi,

[70] R.H.S. Crossman, *Towards a Philosophy of Socialism*, in *New Fabian Essays* [1952], trad. it., *Nuovi Saggi Fabiani*, Milano, Edizioni di Comunità, 1953, p. 37. Si ricordi che i B. Shaw (ed.), *Fabian Essays in Socialism*, trad. it., *Saggi fabiani*, Roma, Editori Riuniti, 1990 costituiscono la base programmatica, oltre che per il fabianesimo, per la futura cultura di governo che percorre tutta la prima metà del Novecento britannico.

[71] R.H.S. Crossman, *Towards a Philosophy of Socialism*, cit., pp. 17-18.

[72] Fondamentale qui R.M. Titmuss, *Essays on the Welfare State* [1958], trad. it., *Saggi sul "Welfare state"*, Roma, Edizioni Lavoro, 1986 che illumina su tali problemi burocratici sin dalla prima metà degli anni Cinquanta. Per una panoramica sui problemi del diritto amministrativo nell'ormai definitivo passaggio all'economia mista, J. Stone, *The Twentieth Century Administrative Explosion and After*, in 52 *California Law Review*, n. 3, 1964, pp. 513-542; J.T. Winkler, *The Political Economy of Administrative Discretion*, in M. Adler, S. Asquith (eds.), *Discretion and Welfare*, London, 1981, pp. 82-134; M. Adler, *The Justice Implications of 'Activation Policies' in the UK*, in T. Erhag, S. Stendahl, S. Devetzi (eds.), *A European Work-First Welfare State*, Göteborg, 2008, pp. 95-131.

[73] R.H.S. Crossman, *Socialism and the New Despotism*, in *Fabian Tract*, n. 298, 1956, p. 24.

ora anche nella dottrina maggioritaria, da una fede intransigente nel vecchio costituzionalismo di Dicey contrario ad ogni forma di giuridicità amministrativa[74].

Proprio il discorso diceyano rappresenta la principale lacuna delle *Reflections on the Constitution*. Non che colpisca particolarmente la totale assenza nell'indice dei nomi di Dicey, specie se si valuta che Laski, sin da *Authority in the Modern State* del 1919, considerava il costituzionalismo del giurista vittoriano già «*largely obsolete*»[75] e, dunque, del tutto inadatto a regimare le nuove tensioni tra legislativo ed esecutivo. Anche rinnegando gli arcaismi, fondati su convinzioni prive di reale effettività, circa l'ontologica incompatibilità tra *Rule of Law* e diritto amministrativo[76], traspare comunque la sottovalutazione del ruolo assegnato al potere giudiziario; quel giudiziario, del resto, espressione storica della *evolving and unwritten constitution*[77], custode della Costituzione ed entità centrale, sin da epoche ben più risalenti, negli equilibri tra legislativo ed esecutivo[78].

Vero è che si ricordano i casi *Taff Vale* (1901), *Osborne* (1910) e *Poplar* (1925)[79], nei quali i giudici manifestano effettivamente il loro «*right to build, as it were, a framework within the boundaries of which Parliament must confine its social legislation*»[80]. È però altrettanto vero che non è valorizzato il percorso che dall'*Arlidge* (1915)[81] passa dal *Liversidge* (1942)[82] e giunge infine al *Wednesbury* (1948)[83]; tutte pronunce postulanti un sostanziale non-interventismo giudiziario nelle questioni amministrative che, si badi, rimarrà l'indirizzo prevalente almeno sino al

[74] *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* [Cmnd. 218], 1957, 89, *§* 402. Non è un caso che, solo in questi anni, si parli realmente della crisi del modello diceyano. Si pensi a J.A.G. Griffith, H. Street, *Principles of Administrative Law*, London, Pittman, 1952 e al volume *Law and Opinion in England in the 20th Century* (London, 1959) curato dal sociologo, allievo di Hobhouse, Morris Ginsberg. Si pensi poi all'articolo di F.H. Lawson, *Dicey Revisited*, in *Political Studies*, n. 2, 1959, pp. 109-126. Non è un caso, inoltre, che proprio adesso inizi una riflessione, per vero ancora priva di una reale riprova giurisprudenziale, sul controllo giudiziario dell'azione amministrativa: si veda in questo senso il fondamentale contributo di S.A. De Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, London, Stevens & Sons, 1959. Non è un caso, infine, che nel 1961 H.W.R. Wade, nel suo *Administrative Law*, offra la prima, compiuta, ricostruzione sistematica del diritto amministrativo inglese (la traduzione italiana *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969, è arricchita dalla *Presentazione* di Massimo Severo Giannini, I-XIX).

[75] H.J. Laski, *Authority in the Modern State*, cit., p. 99.

[76] Si è messo in luce tale percorso in *L'incubo di Dicey. Profili storici dell'amministrazione* sociale *britannica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2024, pp. 631-651.

[77] Sulla *evolving and unwritten constitution*, nonché sulle garanzie del *Rule of Law* e l'evoluzionismo di un secolare processo di democratizzazione, veri architravi dell'ordinamento d'oltremanica, M. Loughlin, *The British Constitution*, cit. e A. Torre, *Regno Unito*, Bologna, Il Mulino, 2021.

[78] Si pensi, nell'ottica del dialogo tra i tre poteri, a G.W. Keeton, *The Twilight of the Common Law*, saggio del 1949 riproposto anche nell'opera intitolata, assai indicativamente, Id., *The Passing of Parliament*, London, Ernest Benn, 1952, pp. 1-12.

[79] *Taff Vale Railway Co v. Amalgamated Society of Railway Servants* [1901] A.C. 426; *Amalgamated Society of Railway Servants v. Osborne* [1910] A.C. 87; *Roberts v. Hopwood* [1925] A.C. 578.

[80] H.J. Laski, *Reflections on the Constitution*, cit., p. 45.

[81] *Local Government Board v. Arlidge* [1915] A.C. 120. Una sentenza che negli scritti giovanili gli appariva financo ispirata a «*Star-chamber methods*» tutti orientati verso il predominio dell'esecutivo: H.J. Laski, *Authority in the Modern State*, cit., p. 99.

[82] *Liversidge v. Anderson* [1942] A.C. 206.

[83] *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223.

[84] *Ridge v. Baldwin* [1964] A.C. 40.

i al suo tiranneggiare, non sono adeguatamente concettualizzate le modalità sulle quali costruire una trasformazione giuridica che travolga anche la tradizionale impostazione individualistica delle Corti. Un assunto a cui Laski – va detto – non era insensibile. Nel penultimo capitolo di *Parliamentary government* già aveva chiarito: «*it is difficult, in fact, not to feel that the conflict between the premisses of the Common Law and those of the modern State in its more positive aspect, presage the need for a reconsideration of the whole basis of our judicial institutions*»[85].

Il diritto applicato dalle Corti è però ancora in prevalenza immaginato nei termini di un contropotere, di una forza contraria a quella ridefinizione sociale dell'ordinamento indispensabile per promuovere l'auspicata tensione democratica, liberatoria, partecipativa. Proprio la difficoltà di adattare il diritto storico al nuovo scenario costituzionalistico, proprio l'incapacità di costruire un nuovo sistema sociale che emendi la tradizionale, dogmaticamente chiarissima, impostazione individualistica, spiega, quantomeno in parte, l'egemonia del modello diceyano a Oxford e Cambridge ancora durante gli anni Cinquanta. E non sarebbe irragionevole immaginare, visto il continuo confrontarsi di Laski con i temi più problematici, che tali aspetti avrebbero potuto costituire uno degli argomenti principali delle sue future lezioni.

[85] H.J. Laski, *Parliamentary Government in England*, cit., p. 369.

numero 1/2025

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-4AE

Modello Westminster nel mondo

The canon law e canadian law: la Conferenza dei vescovi cattolici del Canada

Laura De Gregorio
Professoressa Associata di Diritto e Religione, Università degli Studi di Firenze

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

The canon law e canadian law: la Conferenza dei vescovi cattolici del Canada**

di Laura De Gregorio*

Abstract (Ita): Il contributo riflette sulle interconnessioni fra diritto canonico e diritto canadese a partire dall'esperienza della Conferenza dei vescovi cattolici del Canada oggetto di un recente lavoro monografico (Comunione, Collegialità, Sinodalità: l'esperienza della Conferenza episcopale canadese, ES, Napoli 2024).

Abstract (Eng): This paper would investigate the relationships between the Canon Law and the Canadian Law starting by the history of the Canadian Conference of Catholic Bishops, the subject of a book recently published (Comunione, Collegialità, Sinodalità: l'esperienza della Conferenza episcopale canadese, ES, Napoli 2024).

Parole chiave: Conferenza episcopale; Chiesa cattolica; Canada

Keywords: Episcopal Conference; Catholic Church; Canada

Sommario: Premessa; 3. CCCB; 4. Laboratorio CCCB

Premessa

«È di grande importanza, soprattutto in una società pluralista, che si abbia una giusta visione dei rapporti tra la comunità politica e la Chiesa […]. La Chiesa che, in ragione del suo ufficio e della sua competenza, in nessuna maniera si confonde con la comunità politica e non è legata ad alcun sistema politico, è insieme il segno e la salvaguardia del carattere trascendente della persona umana. La comunità politica e la Chiesa sono indipendenti e autonome l'una dall'altra nel proprio campo. Ma tutte e due, anche se a titolo diverso, sono a servizio della vocazione personale e sociale degli stessi uomini. Esse svolgeranno questo loro servizio a vantaggio di tutti in maniera tanto più efficace quanto più coltiveranno una sana collaborazione tra di loro, secondo modalità adatte alle circostanze di luogo e di tempo. […] Certo, le cose terrene e quelle che, nella condizione umana, superano questo mondo, sono strettamente unite, e la Chiesa stessa si serve di strumenti temporali nella misura in cui la propria missione lo richiede. Tuttavia, essa non pone la sua speranza nei privilegi offertigli dall'autorità civile. Anzi, essa rinunzierà all'esercizio di certi diritti legittimamente acquisiti, ove constatasse che il loro uso può far dubitare della sincerità della sua testimonianza o nuove circostanze esigessero altre disposizioni. Ma sempre e dovunque, e con vera libertà, è suo diritto predicare la fede e insegnare la propria dottrina sociale, esercitare senza ostacoli la propria missione tra gli uomini e dare il proprio giudizio morale, anche su cose che riguardano l'ordine politico, quando ciò sia richiesto dai diritti fondamentali della persona e dalla salvezza delle anime. E farà questo utilizzando tutti e soli quei mezzi che sono conformi al Vangelo e in armonia col bene di tutti, secondo la diversità dei tempi e delle situazioni»[1].

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professoressa Associata di Diritto e Religione, Università degli Studi di Firenze

[1] Paolo VI, *Costituzione pastorale Gaudium et Spes sulla Chiesa nel mondo contemporaneo*, 7 dicembre 1965, n. 76, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

«In specie ai nostri tempi, i vescovi spesso sono difficilmente in grado di svolgere in modo adeguato e con frutto il loro ministero, se non realizzano una cooperazione sempre più stretta e concorde con gli altri vescovi. E poiché le conferenze episcopali – in molte nazioni già costituite – hanno già dato prove notevoli di fecondità apostolica, questo santo Sinodo ritiene che sia sommamente utile che in tutto il mondo i vescovi della stessa nazione o regione si adunino periodicamente tra di loro, affinché da uno scambio di esperienze e di pareri sgorghi una santa armonia di forze, per il bene comune delle Chiese»[2].

Nelle parole della Costituzione pastorale *Gaudium et Spes* e del Decreto *Christus Dominus*, promulgati da Paolo VI quasi in chiusura del Concilio Vaticano II, può cogliersi il senso di questo contributo che, nel riprendere gli spunti offerti dal volume *Comunione, Collegialità, Sinodalità: l'esperienza della Conferenza episcopale canadese*[3], propone un focus sul peculiare *modus operandi* della *Canadian Conference of Catholic Bishops*[4] quale guida del cattolicesimo e interlocutrice delle autorità civili e politiche del grande paese nordamericano.

2. **Tra Constitution Acts (1867-1982) e Canon law: la Canadian Conference of Catholic Bishops**

È in occasione dell'incontro annuale di Quebec del 12 ottobre 1943, che vescovi e arcivescovi del Canada decidevano di costituire una nuova entità ecclesiale comprensiva dell'intero episcopato delle province e territori allora facenti parte del paese: Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, Northwest Territories, British Columbia, Prince Edward Island, Yukon Territory, Alberta e Saskatchewan[5]. Dapprima con il nome di *Canadian Catholic Conference/Conférence Catholique Canadienne* (CCC) e poi con quello di *Canadian Conference of Catholic Bishops* (CCCB)/*Conférence des Évêques Catholiques du Canada* (CÉCC)[6], quell'entità esprimeva una nuova realtà che, negli anni successivi, dapprima il Decreto conciliare *Christus Dominus* sopra richiamato e poi il can. 447 del nuovo Codice di Diritto Canonico del 1983[7] avrebbero definito «organismo di per sé permanente» e descritto come «assemblea dei Vescovi di una nazione o di un territorio determinato i quali esercitano congiuntamente alcune funzioni pastorali per i fedeli di quel territorio, per promuovere maggiormente il bene che la Chiesa offre agli uomini, soprattutto mediante forme e modalità di apostolato opportunamente adeguate alle circostanze di tempo e di luogo, a

[2] Paolo VI, *Decreto Christus Dominus sulla missione pastorale dei vescovi nella Chiesa*, 28 ottobre 1965, n. 37, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[3] Cfr. L. De Gregorio, *Comunione, Collegialità, Sinodalità: l'esperienza della Conferenza episcopale canadese*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.
[4] D'ora in poi CCCB.
[5] Quelle elencate sono le province facenti parte del Canada nel 1943. Alle quattro che avevano dato vita al *Dominion* del Canada nel 1867 – Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick – si erano infatti aggiunte Manitoba e Northwest Territories (1870), British Columbia (1871), Prince Edward Island (1873), Yukon Territory (1898), Alberta e Saskatchewan (1905). Solo nel 1949 entreranno a far parte della Confederazione canadese Terranova e Labrador e da ultimo, nel 1999, Nunavut Territory. Cfr. L. Codignola, L. Bruti Liberati, *Storia del Canada. Dalle origini ai giorni nostri*, Milano, Bompiani, 1999; Id., *Storia del Canada. Dal primo contatto tra europei e indiani alle nuove influenze nel panorama politico mondiale*, Firenze, Giunti, 2018.
[6] Il nome *Canadian Catholic Conference/Conférence Catholique Canadienne* (CCC) è stato utilizzato fino all'entrata in vigore dello statuto del 1976 che sceglierà di adottare la dizione *Canadian Conference of Catholic Bishops* (CCCB)/*Conférence des Évêques catholiques du Canada* (CÉCC). Si veda in proposito F.G. Morrisey, *The development of Canon Law in Canada since the Second Vatican Council*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, n. 1, 1978, pp. 188-203.
[7] D'ora in poi CIC83.

norma del diritto»[8].

Non semplice fin dall'inizio per la CCCB offrire risposte alle peculiarità geografiche, culturali, linguistiche e rituali del cattolicesimo canadese – composto da cattolici francofoni e anglofoni[9] e, nel corso del tempo, anche di cattolici di rito latino e di rito orientale – che si inseriva all'interno di un contesto connotato sia dall'esistenza di due popoli fondatori (francese e inglese, diversi per lingua, religione e diritto, che solo tardi presero coscienza della necessità di affiancarsi ad un terzo popolo – forse più fondatore degli altri – quello delle *aboriginal peoples* distinte e divise in più gruppi spesso dalle relazioni conflittuali[10]), sia da un'ampia diversità religiosa (caratterizzata dalla presenza di protestanti, ebrei e cattolici e, nel corso del tempo, altresì di fedeli di altre denominazioni[11]).

Anche il particolare legame della Chiesa canadese con Roma, *«decision-making centre for this country»*[12], non doveva sottovalutarsi e neppure poteva trascurarsi la dimensione politico-istituzionale del Canada che *«has rejected the European tradition of church establishment without adopting the American ideal of complete separation»*[13]. La presenza solo mediata della dimensione

[8] La definizione riportata è propriamente quella del can. 447. Nel testo del Decreto conciliare *Christus Dominus* al n. 38.1 si legge infatti che «la conferenza episcopale è in qualche modo una assemblea in cui i sacri pastori di una determinata nazione o territorio esercitano congiuntamente il loro ministero pastorale, per l'incremento del bene che la Chiesa offre agli uomini, specialmente per mezzo di quelle forme di apostolato che sono appropriate alle circostanze presenti». Per un commento sulle differenze fra can. 447 CIC83 e n. 38.1 del Decreto conciliare *Christus Dominus* si rinvia diffusamente a G. Feliciani, *Le conferenze episcopali*, Bologna, Il Mulino, 1974.

[9] Lo storico Roberto Perin nota come, già tra la fine dell''800 e gli inizi del nuovo secolo, si delineassero quattro distinte componenti del cattolicesimo canadese – *Maritime Catholicism, Quebec Catholicism, the Irish Ontario Church* e *the Oblate Missionary Church* – che avranno significativa influenza nella configurazione e nelle caratteristiche che assumeranno in seguito struttura e organizzazione della Conferenza episcopale. Cfr. R. Perin, *Rome in Canada: the Vatican and Canadian Affairs in the Late Victorian Age*, Toronto, Toronto University Press, 1990, p. 7. Il volume è pubblicato anche in lingua francese: R. Perin, *Rome et le Canada. La bureaucratie vaticane et la question nationale 1870-1903*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 1993. In un suo contributo del 1978 rilevava Kenneth Westhues che «le vicende del Canada in questo momento della storia sono legate all'equilibrio instabile e conflittuale tra due forze opposte. L'una promette un pluralismo linguistico ed etnico mediante la creazione di un'unica nazione bilingue, l'altra mediante la creazione di due effettive nazioni ognuna con la propria lingua. Questo è il dilemma che deve risolvere tanto la Chiesa quanto lo Stato in Canada». Cfr. K. Westhues, *Nazionalismo e cattolicesimo in Canada*, in *Concilium*, n. 1, 1978, p. 87.

[10] Si veda per una prima analisi L. Codignola, L. Bruti Liberati, *op. cit.*, pp. 15-97; P.A. Linteau, R. Durocher, J.C. Robert, *Histoire du Québec contemporain. De la Confédération à la crise (1867-1929)*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 1989, t. I.

[11] Si rinvia per un approfondimento ai dati e alle informazioni contenuti in *The Canadian census. A rich portrait of the country's religious and ethnocultural diversity*, disponibile sul sito www.statcan.gc.ca. Un primo commento può leggersi in L. De Gregorio, *Canada. Multiculturalismo e libertà religiosa*, in A.G. Chizzoniti, A Gianfreda (a cura di), *Religioni e società. Modelli di relazioni tra Stati e confessioni religiose*, Soveria Mannelli, Rubbettino, pp. 199-213.

[12] R. Perin, *Rome in Canada*, cit., p. 7.

[13] J.S. Moir, *Church and State in Canada 1627-1867*, Toronto, McClelland & Stewart Inc., 1967, p. XIII. Canada, scriveva John Moir nel suo volume del 1967, *«is predominantly the product of two European national cultures – French and British – but also the product of the intermingling of European and North American environments, and in large misure the by-products of the American revolution»*. Cfr. J.S. Moir, *op. cit.*, p. XII.

religiosa nel *Constitution Act* del 1867[14] – che non riconosceva una o più religioni come ufficiali né si occupava di disciplinare lo status dei gruppi religiosi – e l'assenza di una normativa canonica di diritto universale[15] sulle conferenze episcopali configuravano, non a caso, la Conferenza canadese nei primi Statuti quale semplice *«voluntary association without canonical status established by the Canadian Episcopate with the approval of the Holy See»*[16] che *«has for its purpose the advancement of the Church and the co-ordination of Catholic activity in Canada»*[17].

L'introduzione nel *Constitution Act* del 1982 della *Charter of rights and freedom* non cambiava lo *status* giuridico della CCCB. Nel testo del 1982 nessuna modificazione si riscontra sotto il profilo delle relazioni Stato-confessioni religiose. Come nel *Constitution Act* del 1867 non ci sono, infatti, norme che disciplinano la stipula di accordi, intese o concordati tra Stato federale e gruppi religiosi (siano essi teisti o ateisti) o che assegnino *ex novo* alle province una particolare competenza al riguardo. Ciò spiega il contenuto dell'art. 1 dello Statuto

[14] Un'unica norma offre – in tema di religione – informazioni: l'art. 93. Inserito nel paragrafo dedicato all'istruzione e rubricato *Legislation respecting Education*, concretizzava quel compromesso iniziale tra le due componenti fondatrici del Canada (la francese e l'inglese) distinte per lingua, cultura, sistema giuridico, religiosità e, tuttavia, unite da alcune esigenze comuni: quelle dell'istruzione e più dell'istruzione scolastica – spesso affidata, non a caso, alle confessioni religiose – dei propri giovani fedeli-cittadini. Si trattava di esigenze che ovviamente avevano pure altre comunità – in particolare quella ebraica – a cui però quel diritto non venne allora riconosciuto tanto da richiedere un intervento giudiziario successivo. Per un primo studio L. Palatucci, *La disciplina dell'istruzione tra Federazione e Province*, in *Amministrare*, n. 1-2, 2002, pp. 69-81. Si veda in proposito la sentenza Supreme Court of Canada, *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners,* [1926] SCR, 246-271 e l'opera di D. Fraser, *"Honorary Protestants". The Jewish School Question in Montreal, 1867-1997*, Toronto, University of Toronto Press, 2015. L'art. 93 – per il contenuto e per le ragioni che lo avevano originato – diventerà ben presto oggetto di una lunga ed estenuante controversia non in grado di rimettere in discussione l'accordo federale raggiunto, ma certamente molto impegnativa per il numero di protagonisti cui vi prese parte e che venne coinvolto: gruppi politici – partito liberale e partito conservatore sia a livello federale che provinciale – e gerarchia cattolica – sia delle chiese particolari canadesi (Quebec *in primis*) che della Chiesa universale (da Leone XIII ai membri della Curia romana, ai delegati apostolici). Cfr. P. Crunican, *Priests and Politicians: Manitoba schools and the election of 1896*, Toronto, University of Toronto Press, 1974; R. Gagnon, *Histoire de la Commission des écoles catholiques de Montréal*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 1996; Leone XIII, *Epistola enciclica Affari Vos*, 8 dicembre 1897, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va); P.A. Linteau, R. Durocher, J.C. Robert, *Histoire du Québec contemporain*, cit., pp. 601-629 e pp. 663-677; R. Perin, *Rome in Canada*, cit. e Id., *Ignace de Montréal. Artisan d'une identité nationale*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 2008.

[15] Sulla distinzione tra diritto canonico universale e diritto canonico particolare per un primo approfondimento G. Dalla Torre, *Lezioni di diritto canonico* (a cura di) G. Boni, P. Cavana, Torino, Giappichelli, 2022; G. Feliciani, *Le basi del diritto canonico*, nuova edizione (a cura di) M. Madonna, Bologna, Il Mulino, 2023; L. Sabbarese, *Manuale di diritto canonico*, Molfetta, Neldiritto Editore, 2022.

[16] Art. 1. Statuto 1947 e Statuto 1955.

[17] *Ibidem*. Significativa, fin dalle prime disposizioni statutarie del 1947 e del 1955 in vista di quella raccomandata *«co-ordination of Catholic activity in Canada»*, la presenza egualitaria della componente francofona e di quella anglofona in alcuni degli organismi della Conferenza episcopale. Quanto all'*Administrative Board* sono gli artt. 21 §1, 24 e 25 §2 a statuire rispettivamente che: *«The Board is composed: […] 3° of six bishops elected for three years at the Annual Meeting, of whom three are to be French-speaking and three English-speaking»*; *«The chairman of each of the French and English Episcopal Commissions may be invited to meetings of the Board but only with consultative voice»*; *«Four members of the Board, representing both the English and French groups, constitute a quorum»*. Con riferimento alle *Episcopal Commissions* gli artt. 30 §1 e 32 considerano che: *«The commissions are twofold, i.e. comprised of two sections, one French-speaking and the other English-speaking, with a distinct chairman and secretary for each»*; *«The French and English sections are each composed of three bishops, elected one each year for three years by the assembly, but the bishop who acts as secretary may be re-elected»*. Quest'ultima statuizione non esclude peraltro la possibilità – di cui all'art. 30 – che nelle materie di comune interesse le due sezioni *«meet together at the joint call of two chairmen»*. L'art. 39 relativo al *Secretarial Department*, infine, precisa che: *«The Secretarial Department is operated by two joint secretaries, one French-speaking and the other English-speaking»*.

vigente[18] della CCCB – approvato dalla *Plenary Assembly* il 19 ottobre del 2007 e promulgato il 1° settembre 2008 dopo aver ottenuto la *recognitio* della Santa Sede il 10 dicembre 2007 – che così infatti recita: *«The Canadian Conference of Catholic Bishops (CCCB) is the assembly of the Catholic Bishops of Canada by which they jointly exercise certain pastoral functions for Christ's faithful in Canada. The Conference is established to promote that greater good which the Church offers to all people by forms and means of the apostolate that are appropriately adapted to the circumstances of time and place».* Un articolo, quello citato, da leggersi in combinato disposto sia con l'art. 5 del Regolamento del 2020 per il quale: *«The Conference is a juridical person under canon law. It is incorporated under federal charter with the corporate title "Concacan Inc.»*, sia con l'art. 4 del *Canada Not-for-profit Corporations Act* del 2009 secondo cui: *«The purpose of this Act is to allow the incorporation or continuance of bodies corporate as corporations without share capital, including certain bodies corporate incorporated or continued under various other Acts of Parliament, for the purposes of carrying on legal activities and to impose obligations on certain bodies corporate without share capital incorporated by a special Act of Parliament».*

Ora, volendo – come dichiarato all'inizio di queste note – leggere il peculiare *modus operandi* della CCCB nel suo relazionarsi con le realtà ecclesiali (non solo canadesi, ma dell'intero continente latino-americano e, di più, della Chiesa universale) e con quelle statuali (federali e provinciali) del paese, è all'interno di un ordinamento giuridico cd. separatista – secondo le tradizionali classificazioni dottrinali – che deve comprendersi la sua azione e il suo operato affinché si possa realizzare quell'auspicato «scambio di esperienze e di pareri» da cui sgorghi «una santa armonia di forze, per il bene comune delle Chiese»[19].

3. CCCB

Osservando l'agire e l'operare della Conferenza episcopale canadese nei suoi oltre ottant'anni di vita, l'attuazione degli insegnamenti conciliari negli anni '60 e '70 e le scelte compiute tra fine e inizio millennio sono sembrate segnare in modo specifico il suo essere al servizio del "popolo di Dio" del paese e la sua presenza quale realtà (*not-for-profit*) che cammina «sempre e dovunque e con vera libertà»[20] per il bene comune di tutti.

A queste due fasi temporali è parso opportuno dedicare alcuni pensieri nei paragrafi successivi.

3.1 Gli anni '60 e '70: non solo Concilio e post-Concilio.

Se il Concilio Vaticano II (1962-1965) è senza dubbio per la giovane CCCB un momento cruciale (di verifica delle positività e delle criticità dell'organizzazione appena costituita; di scelta della via su cui incamminarsi; di discernimento del modo con cui potersi e forse doversi proporre al popolo di Dio in un paese dalle enormi potenzialità e, al contempo, dalle profonde sfide che la storia più e meno recente aveva già messo in luce), costituiscono alt-

[18] Per i testi degli statuti della CCCB (sia in lingua inglese che in lingua francese) volendo si consulti l'Appendice contenuta nel volume L. De Gregorio, *Comunione, Collegialità, Sinodalità: l'esperienza della Conferenza episcopale canadese*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024.

[19] Entrambe le citazioni riprendono le parole del Decreto *Christus Dominus* indicate all'inizio di questo contributo.

[20] La citazione si riferisce alle parole della Costituzione pastorale *Gaudium et Spes* proposte all'inizio di questo scritto.

rettanti elementi significativi – con cui leggere il ventennio compreso tra l'inizio degli anni '60 e la fine degli anni '70 e attraverso i quali riflettere sulle scelte e le azioni della Conferenza – anche la promulgazione del *Bill of Rights* da parte del parlamento di Ottawa[21], le richieste identitarie del Quebec – interessato da un inesorabile cambiamento noto come *Quiet Revolution* o *Révolution tranquille* che ne muterà definitivamente volto e carattere[22] – e, ancora, le rivendicazioni di quei popoli autoctoni rimasti fino ad allora quasi silenti.
E così, da un lato il processo di sensibilizzazione e introiezione dei diritti protetti dal *Bill of Rights* non solo favorirà la consapevolezza che avrebbe poi condotto alla promulgazione della *Charter of Rights and Freedoms*, ma influenzando la coscienza dei singoli e il loro modo di rapportarsi con le istituzioni (anche religiose) obbligherà queste ultime – e dunque la stessa Conferenza episcopale – a dover tenere conto di un nuovo sentire sociale e di una nuova visione delle cose che non sembrava ammettere un ritorno al passato. La Rivoluzione tranquilla, dal canto suo, porterà con sé una deconfessionalizzazione e la progressiva secolarizzazione *«de l'espace du temps»*[23] della società francocanadese (soprattutto nel settore scolastico, dell'assistenza sociale e in relazione a sindacati e ordini professionali) che poi implicherà ridefinizione del ruolo politico e culturale della Chiesa cattolica. La nuova visibilità della componente indigena avvierà, infine, la CCCB su una strada di impegno e di responsabilità che, proprio a partire da quegli anni non verrà più meno[24].

[21] Il *Canadian Bill of Rights*, approvato il 10 agosto del 1960 come *Act for the Recognition and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, introduceva un profondo cambiamento costituzionale con la previsione espressa di un catalogo di diritti – comprensivo, tra gli altri, di quello alla *freedom of religion* – sebbene non fosse mai stato considerato alla stregua di un vero e proprio parametro di legittimità per le leggi federali e provinciali. Nella storia dell'applicazione del *Bill of Rights* si registrerà infatti una sola controversia in cui la Corte esplicitamente dichiarerà che la contrarietà con esso di alcune norme legislative determini la nullità di queste ultime. Si allude al caso *Drybones v. The Queen* [1970] SCR, 282-307.
[22] La fortunata definizione di Rivoluzione tranquilla (*Quiet Revolution* o *Révolution Tranquille*) si deve al quotidiano di Toronto *The Globe and Mail* che per primo, proprio a partire dagli inizi degli anni '60, lo utilizzò nelle sue cronache quotidiane relative al Quebec. Per un primo approfondimento si rinvia a G. Berthiaume, C. Corbo (sous la direction de), *La Révolution tranquille*, Montréal, Les Éditions du Boréal, 2011.
[23] Y. Lamonde, *L'heure de vérité. La laïcité québécoise à l'épreuve de l'histoire*, Montreal, Del Busso, 2010, p. 178.
[24] Nel *brief* che l'8 novembre 1993 la Conferenza proporrà alla *Royal Commission on Aboriginal Peoples* dal titolo *Let Justice Flow Like a Mighty River* così si esprimerà nel paragrafo dedicato a *Strengthening of the life of Native Communities*: *«Since the 1969 debate over the White Paper on Native Peoples, our Church has been consistently and intensely involved in the Aboriginal struggle for justice and self-determination. In the 1970s a new generation of Native leadership emerged, challenging the Churches to use their power and influence for the sake of justice. Within the Church itself there was a growing awareness that the Church must cast its lot with the poor. In 1971 the Synod of Bishops on Justice in the World placed priority on action for justice and participation in the transformation of the world as a constitutive dimension of the preaching of the Gospel».* E ancora: *«Our commitment to struggles for Aboriginal justice was greatly strengthened during this period by the ecumenical cooperation among Canada's major Churches. In 1975, the Catholic Anglican and United Churches formed Project North as an ecumenical action program in response to the struggles for justice in the North. Other denominations subsequently joined (Mennonites, Presbyterians, Lutherans, Christian Reformed, Society of Friends) as did Roman Catholic missionary congregations (Oblates and Jesuits). Throughout the 1970s and 1980s, Project North assisted the Churches in building support and solidarity with native organizations around a variety of justice issues».*

D'altro canto, sulla strada tracciata da Paolo VI – mediante la Lettera apostolica *motu proprio Apostolica Sollicitudo* che istituisce il Sinodo dei vescovi per la Chiesa universale[25], il messaggio dell'8 dicembre 1965 che comunica l'avvenuta costituzione di alcuni organismi «per contribuire a realizzare concretamente le decisioni e le direttive del Concilio»[26], infine il *Motu proprio Ecclesiae Sanctae* del 6 agosto 1966[27] (che da un lato annuncia la volontà di stabilire nuove norme e di sancire nuovi ordinamenti al fine di rispondere alle necessità che il Concilio aveva evidenziato, dall'altro riconosce proprio alle conferenze episcopali un ruolo attivo e partecipativo nell'attuazione delle disposizioni conciliari in particolare dei decreti *Christus Dominus*, *Presbyterorum Ordinis*, *Perfectae Caritatis* e *Ad Gentes*[28]) – la Conferenza episcopale canadese decide di rivedere il proprio Statuto del 1955[29] e di inserirsi come più matura realtà nei contesti ecclesiale, politico, sociale ed economico di quegli anni che influenzeranno temi e approcci, contenuti e metodologia del suo operare.
La riforma generale della liturgia, specificamente dei testi e dei riti; il dialogo con la Chiesa anglicana (dal 1974), la Chiesa evangelica luterana (dal 1986) e ancora con la Comunità ebraica (dal 1977); le molte riflessioni del Decreto *Ad Gentes* (che consentono all'episcopato del Canada di maturare proprio in quegli anni non solo l'idea di una responsabilità pastorale condivisa fra diocesi del Nord e diocesi del Sud del paese, ma anche la volontà di valorizzare riti e tradizioni indigene che saranno un tassello importante di quei processi di rivendicazione territoriale degli autoctoni, di quella presa di coscienza e riconoscimento da parte dei canadesi fondatori di una specifica *native spirituality* che si rivelerà decisiva nei decenni successivi, tanto sul piano politico e istituzionale quanto su quello ecclesiale); il soffermarsi "in anticipo sui tempi" sul ruolo della donna nella Chiesa (del quale, peraltro, già si era occupato l'episcopato del Quebec alla fine degli anni '30) e sulla tutela dell'ambiente segnalano l'avvio di una nuova fase per la CCCB. Sarà poi il suo atteggiamento su materie quali famiglia-divorzio e contraccezione-aborto (diventate divisive a metà degli

[25] «Un consiglio permanente di Vescovi per la Chiesa universale, soggetto direttamente ed immediatamente alla Nostra potestà». Così viene definito nella *Lettera apostolica motu proprio Apostolica Sollicitudo* del 15 settembre 1965 il Sinodo dei vescovi la cui istituzione è motivata dal pontefice in virtù delle «accresciute necessità dei nostri giorni», «delle mutate condizioni della società», del «gravissimo onere della Chiesa universale», della necessità di «ricorrere sempre più all'aiuto dei vescovi» per il bene di quest'ultima e di «rafforzare – così – con più stretti vincoli la Nostra unione» con quanti «lo Spirito Santo ha costituito per governare la Chiesa di Dio». Un riferimento alla nuova istituzione sarà presente nel n. 5 Decreto *Christus Dominus* approvato il 30 ottobre 1965, poco più di un mese dopo l'*Apostolica Sollicitudo*. Cfr. Paolo VI, *Lettera apostolica Motu Proprio Apostolica Sollicitudo*, 15 settembre 1965, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[26] Si tratta di: Commissione per la riforma del Diritto Canonico, Segretariato per l'unione dei cristiani, Consiglio per l'applicazione della costituzione sulla liturgia, Commissione pontificia per le comunicazioni sociali, Segretariato per i non-cristiani, Segretariato per i non-credenti.
[27] Cfr. Paolo VI, *Lettera apostolica Motu Proprio Ecclesiae Sanctae*, 6 agosto 1966, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[28] Già si è detto del Decreto *Christus Dominus*. Quanto agli altri documenti si rinvia a Paolo VI, Decreto *Perfectae Caritatis sul rinnovamento della vita religiosa*, 28 ottobre 1965; Id., Decreto *Presbyterorum Ordinis sul ministero e la vita dei presbiteri*, 7 dicembre 1965; Id., Decreto *Ad Gentes sull'attività missionaria della Chiesa*, 7 dicembre 1965. I testi sono editi nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[29] Una prima bozza di revisione dello Statuto del 1955 è elaborata già nel 1961. Tale bozza sarà ripresa (e modificata) solo anni dopo quando vedrà la luce il nuovo Statuto approvato durante la *Plenary Assembly* del 26-29 ottobre 1976. Per approfondimenti sullo Statuto del 1976 sia consentito rinviare a L. De Gregorio, *Comunione, Collegialità, Sinodalità*, cit., *passim*.

anni '60 dopo la decisione del parlamento federale di modificare la normativa vigente[30] e la quasi contestuale pubblicazione dell'enciclica *Humanae Vitae* da parte di Paolo VI[31]) ad inaugurare un *modus operandi* destinato a divenire nei decenni successivi il *modus*, la via per "adempiere il suo mandato".

Durante gli intensi dibattiti su quelle tematiche, in altre parole, la Conferenza episcopale prova ad individuare il metodo per stabilire ed instaurare un dialogo con il "mondo moderno", non potendo rimanere immobile e indifferente davanti ai mutamenti. Si interroga su «come avvicinare i fratelli nella interezza della verità» e «fino a quale grado […] uniformarsi alle circostanze storiche e locali in cui si svolge la sua missione»; su come «premunirsi dal pericolo d'un relativismo che intacchi la sua fedeltà dogmatica e morale»; su «come insieme farsi idonea a tutti avvicinare, per tutti salvare, secondo l'esempio dell'Apostolo: *Mi sono fatto tutto a tutti, perché tutti io salvi*"»[32].

In quella fase storica la Conferenza episcopale sceglie in primo luogo di privilegiare la pubblicazione di lettere pastorali indirizzate a tutto il popolo di Dio in terra canadese e la costituzione di commissioni ed uffici *ad hoc* per lo studio e l'approfondimento di speciali problematiche. Decide, d'altra parte, di sperimentarsi anche come gruppo di pressione nei confronti del parlamento attraverso la frequente presentazione di memorie e dossiers su progetti e proposte di legge ritenuti particolarmente sensibili.

Così, il 9 settembre 1966 rende nota una lettera indirizzata a tutti i fedeli cattolici in cui espone le ragioni per le quali i vescovi canadesi non si sarebbero opposti alle modifiche – in discussione in parlamento – relative all'art. 150 del Codice penale che vietava non solo di vendere dispositivi contraccettivi, ma anche di offrire informazioni sulla contraccezione. Presenta, inoltre, una memoria per il *Commons Committee* sempre sull'art. 150, segnalando che ai sensi della legge vigente anche informare i fedeli sul *natural family planning* responsabile e conforme alle proprie convinzioni religiose sarebbe stato molto probabilmente da considerare reato per la legge in vigore. Auspicando modifiche di quest'ultima, richiede ovviamente misure appropriate contro la vendita e l'utilizzo irresponsabile di metodi anticoncezionali.

Il 7 febbraio 1968, un anno dopo l'inizio della discussione della proposta di modificare la legge sull'aborto, la CCCB – a seguito di un ampio dibattito teso non tanto a verificare

[30] Agli inizi del 1966 il parlamento federale avviava il processo di modifica dell'art. 150 del Codice penale che vietava sia di offrire informazioni in tema di contraccezione, sia di vendere o distribuire mezzi e dispositivi anticoncezionali. Si veda B.M. Daly, *Remembering for tomorrow. A History of the Canadian Conference of Catholic Bishops 1943-1993*, Ottawa, Publication Service Canadian Conference of Catholic Bishops, 1995, capitolo quinto.

[31] «Il gravissimo dovere di trasmettere la vita umana»: è con queste parole che inizia la lettera enciclica *Humanae Vitae* che, sia pure non particolarmente lunga, costituisce (e costituirà) un documento cardine del pontificato di Paolo VI e rappresenterà anche successivamente un testo su cui il magistero dei pontefici ritornerà spesso. Cfr. Paolo VI, *Lettera enciclica Humanae Vitae*, 25 luglio 1968, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va). Per alcuni approfondimenti cfr. J. Horgan (ed.), *Humanae vitae and the bishops: the encyclical and the statements of the national hierarchies*, Shannon (Ireland), Irish University Press, 1972; D. Tettamanzi, *Un'Enciclica profetica: la Humanae vitae vent'anni dopo*, Milano, Àncora, 1989; E. Giacchi, S. Lanza (a cura di), *Humanae vitae: attualità e profezia di un'Enciclica*, Milano, Vita & Pensiero, 2011; G. Renzi, *L'ultima enciclica di Paolo VI: una rilettura dell'Humanae vitae*, Bologna, EDB, 2018; A. Fumagalli, *Humanae vitae: una pietra miliare*, Brescia, Queriniana, 2019.

[32] La citazione è tratta da Paolo VI, *Lettera enciclica Ecclesiam Suam. Per quali vie la Chiesa cattolica debba oggi adempiere il suo mandato*, 6 agosto 1964, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

come "consigliare" il parlamento, quanto piuttosto a reagire da un punto di vista pastorale al progetto di legge all'esame – scrive una seconda lettera, poi seguita da altre dichiarazioni e messaggi, nella quale confermerà e ribadirà con fermezza la sua posizione.
L'anno precedente, il 6 aprile 1967, i vescovi canadesi avevano proposto – insieme ai rappresentanti di altri gruppi religiosi – allo *Special Joint Committee of the Senate and House of Commons on Divorce*, incaricato di studiare le modifiche alla legge vigente sul divorzio, una memoria in cui, dopo aver ricordato l'insegnamento della Chiesa sul matrimonio, esprimevano i loro dubbi sulla bontà della scelta di ampliare i motivi di divorzio suggerendo che una modifica della legge vigente si iscrivesse piuttosto in una più ampia politica governativa di consolidamento dei valori familiari e specialmente di educazione dei cittadini canadesi. Nel 1977 viene indirizzata una memoria al ministro della giustizia in risposta al *Family Law Report* criticato per essere più che altro un rapporto sul divorzio che non appunto sulla famiglia. Otto anni più tardi, la Conferenza riprenderà molti degli stessi argomenti nella memoria che presenterà alla *Law Reform Commission of Canada* per criticare il progetto di legge C-47 all'esame in parlamento concernente il divorzio e le misure accessorie. I vescovi sottolineeranno con forza la loro opposizione ai tentativi di privatizzare il matrimonio e il suo scioglimento, ricordando ancora una volta che la modifica della legge in corso deve essere colta *«as an opportunity for goverment to strengthen family life in Canada and to take the time needed to design divorce procedures that will emphasize conciliation, reconciliation and personal renewal»*[33].
Ora, come evidenziano le azioni proposte, si tratterà in quegli anni per la CCCB non solo di aprire una "nuova" via, ma anche di iniziare a percorrere una strada destinata poi a contraddistinguere il suo operare in futuro.

3.2 Tra fine e inizio millennio.

Osservando l'agire e l'operare della Conferenza episcopale canadese nei suoi oltre ottant'anni di vita, l'attuazione degli insegnamenti conciliari negli anni '60 e '70 e le scelte compiute tra fine e inizio millennio sono sembrate segnare in modo specifico il suo essere al servizio del "popolo di Dio" Il 17 aprile 1982 entra in vigore il *Constitution Act*, espressione di una nuova fase costituzionale destinata a caratterizzare l'evoluzione democratica, multiculturale e multireligiosa del Canada. Il 25 gennaio 1983 Giovanni Paolo II promulga il nuovo *Codex Iuris Canonici* – "annunciato" da Giovanni XXIII nell'allocuzione del 1959[34] – che particolare attenzione rivolge alle conferenze episcopali. Da un lato infatti

[33] B.M. Daly, *Remembering for tomorrow*, cit., p. 117.
[34] Cfr. Giovanni XXIII, *Allocuzione del Santo Padre con la quale si annuncia il Sinodo Romano, il Concilio Ecumenico e l'aggiornamento del Codice di Diritto Canonico*, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

esso propone per questi «raggruppamenti di chiese particolari»[35] una precisa disciplina, dall'altro assegna loro il compito di completare, in una serie di materie, il dettato codiciale adattandolo alle diverse situazioni e alle necessità pastorali concrete delle chiese particolari. La Conferenza episcopale canadese, oltre a ripensare il proprio Statuto per adeguarlo

[35] Così recita il titolo secondo della seconda sezione (*Le chiese particolari e i loro raggruppamenti*) di cui alla seconda parte (*La Costituzione gerarchica della Chiesa*) del nuovo libro secondo del CIC83 dedicato a *Il popolo di Dio*. Per alcuni riferimenti bibliografici alle conferenze episcopali successivi all'entrata in vigore del Codice: F.G. Morrisey, *Decisions of Episcopal Conferences in Implementing the New Law,* in *Studia Canonica*, n. 1, 1986, pp. 105-121; D. Murray, *The Legislative Authority of the Episcopal Conference,* in *Studia Canonica*, n. 1, 1986, pp. 33-47; J.I. Arrieta, *Conferenze episcopali e vincolo di comunione*, in *Ius Ecclesiae*, n. 1, 1989, pp. 3-22; C. De Diego-Lora, *La potestad de régimen de las conferencias episcopales en el «Codex» de 1983*, in *Ius Ecclesiae*, n. 1, 1989, pp. 23-46; V. Fagiolo, *«Potestas» del vescovo e conferenza episcopale*, in *Ius Ecclesiae*, n. 1, 1989, pp. 47-67; P. Granfield, *The Church Local and Universal: Realization of Communion,* in *The Jurist*, n. 2, 1989, pp. 449-471; J.L Gutiérrez, *La conferenza episcopale come organo sopradiocesano nella struttura ecclesiastica*, in *Ius Ecclesiae*, n. 1, 1989, pp. 69-91; J.E. Linnan, *Subsidiarity, Collegiality, Catholic Diversity and Their Relevance to Apostolic Visitations,* in *The Jurist*, n. 2, 1989, pp. 399-448; P. Leisching, *Le conferenze episcopali*, in *Concilium*, n. 4, 1990, pp. 99-108; J.T. Martín De Agar, *Note sul diritto particolare delle conferenze episcopali*, in *Ius Ecclesiae*, n. 2, 1990, pp. 593-632; R. Peris, *Conferencia episcopal y decisiones vinculantes*, in *Ius Canonicum*, 1990, pp. 579-605; D. Cito, *Le delibere normative delle conferenze episcopali. (Considerazioni in tema di flessibilità della competenza)*, in *Ius Ecclesiae*, n. 2, 1991, pp. 561-573; T. Esselman, *The Study of Episcopal Conferences: an Application of the Principle of Functionality,* in *The Jurist*, n. 2, 1991, pp. 311-325; F. Guillemette, *Les conférences épiscopales sont-elles une institution de la collégialité épiscopale*, in *Studia canonica*, n. 1, 1991, pp. 39-76; L. Navarro, *Manifestazioni giuridiche della comunione tra i vescovi*, in *Ius Ecclesiae*, n. 2, 1991, pp. 573-585; L. Martìnez-Sistach, *La actividad jurìdica de la Conferencia Episcopal*, in *Ius Canonicum*, 1992, pp. 83-96; G. Feliciani, *Le Conferenze episcopali*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, n. 4, 1996, pp. 400-420; M. Rivella, *Decisioni e dichiarazioni delle Conferenze episcopali*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, n. 4, 1996, pp. 421-432; A. Lorscheider, *Una conferenza episcopale in chiave conciliare. Progetti di evangelizzazione, tensioni politiche ed ecclesiastiche, sfide*, in *Concilium*, n. 3, 2002, pp. 38-45.

alle disposizioni del nuovo CIC83[36], incarica la *Episcopal Commission for Canon Law/Inter-Rite*[37] di elaborare le norme – sia necessarie sia ritenute opportune – *«en complement»*[38] del nuovo Codice. Trentotto decreti, in poco più di dieci anni, vengono approvati dalle assemblee plenarie della CCCB e via via sottoposti alla *recognitio* della Santa Sede. Si sarebbe trattato di un lavoro intenso che avrebbe obbligato la Conferenza ad esercitare quel potere normativo riconosciutole dal nuovo Codice e a sperimentarsi nella sua collegialità così come "ripensata" dal Concilio e tradotta nelle disposizioni del CIC83.

Un momento significativo, insomma, che nell'esperienza della CCCB rimarrà quasi un *unicum* come dimostrano i pochi altri decreti che fino ad oggi essa ha promulgato[39]. Certamente da un lato il numero comunque non elevato di norme codiciali che potevano e dovevano richiedere un intervento delle conferenze, dall'altro – nel caso di specie – l'assenza di accordi con l'autorità civile e di comuni materie da disciplinare, spiegano il limitato numero di decreti. Più in generale, tuttavia, è lo stile che la Conferenza canadese adotta a partire dagli anni del post-Concilio a convincerla della bontà di utilizzare, laddove possibile, altri strumenti per esercitare la sua missione: comunicati, dichiarazioni, memorie, lettere pastorali rappresentano sempre più spesso le modalità per interagire con i propri fedeli, con le autorità ecclesiali, con i fedeli e le autorità di altri gruppi religiosi, con le autorità politiche nazionali e internazionali. Costituiscono, insomma, l'essenza del "suo stile" di conferenza quale "chiesa particolare" che vive gli eventi della Chiesa universale.

---

[36] Confermando la struttura già predisposta nel 1976 e introducendo le modifiche reputate necessarie ed opportune, l'Assemblea plenaria del 22-26 ottobre 1984 approva una bozza di statuto che il 24 maggio 1986 ottiene la *recognitio* della Santa Sede. Sennonché, un emendamento all'art. 5 (approvato rispettivamente il 29 novembre 1989 dall'*Executive* e il 2 marzo 1990 dai membri della Conferenza) obbligherà negli anni immediatamente successivi a sottoporre lo statuto del 1986 ad ulteriore *recognitio* che interverrà il 28 aprile 1990. Nel 1984 per la prima volta la CCCB approverà anche un Regolamento che di particolare interesse si rivela ai fini delle considerazioni di questo contributo quanto alla opportunità di valorizzare in modo fruttuoso le diversità delle componenti francofona e anglofona. Ecco allora l'art. 1.4 sulle lingue ufficiali della Conferenza e gli art. 1.3 e 12.2.2 sul principio di alternanza (francofono-anglofono) di presidente e vice presidente della CCCB; l'art. 3.6.3.1 per il quale: *«Sector meetings may be held during a Plenary Meeting to deal with questions peculiar to either the English or French Sectors of the Conference or to discuss sector aspects of questions on the agenda of the Plenary Meeting»* (è poi l'art. 16 – *Sectors* – ad offrire una definizione di questi ultimi: *«16.1 Nature and Role. 16.1.1: A sector is a grouping of dioceses traditionally categorized as French or English depending on the make-up of their Catholic population, or geographic factors, or a combination of both. 16.1.2: The Conference is made up of two sectors, French and English; this arrangement permits members to deal with pastoral questions requiring different approaches due to languages and other broader cultural factors»*); quanto, infine al *Permanent Council*, si ripropone all'art. 5.1 la presenza delle due componenti francofona e anglofona e si aggiungono – rispettivamente negli artt. 6.4 *(«Each of the four regional episcopal conference (Atlantic, Quebec, Ontario, the West) selects a representative whose appointment to the Permanent Council is ratified by the Conference, usually during a Plenary Meeting»*) e 6.6 *(«If the selection of the four regional representatives leads to a sector imbalance on the Permanent Council, the sector with fewer members selects additional representatives as required. This selection is ratified by the Conference usually during a Plenary Meeting»*) – preziose informazioni relative alle quattro regioni ecclesiastiche canadesi – *Atlantic*, *Quebec*, *Ontario*, *the West.*

[37] La Commissione rimarrà operativa fino al 2008. Svolgerà infatti la sua ultima riunione il 25 giugno di quell'anno.

[38] Così si esprimeva la lettera che la Segreteria di Stato aveva inviato ai presidenti delle conferenze episcopali. Cfr. Segreteria di Stato, *Lettera Sulla pubblicazione delle norme complementari al Codice di diritto canonico, 8 novembre 1983*. La lettera in lingua francese è pubblicata in *Communicationes,* n. 15, 1983, pp. 135-139. I riferimenti indicati nel testo rinviano alla rivista *Ius Ecclesiae*, n. 1, 1989, pp. 349-352.

[39] Per una verifica si rinvia al sito ufficiale della Conferenza episcopale: https://www.cccb.ca/about/decrees-statements-letters-briefs/type/decrees/.

Il 9 settembre 1984, all'aeroporto internazionale di Quebec, Giovanni Paolo II pronuncia il primo discorso[40] sul suolo canadese. Il 20 settembre 1987, sempre Giovanni Paolo II, al termine del suo viaggio negli Stati Uniti, fa nuovamente tappa in Canada per incontrare quelle popolazioni aborigene della diocesi di Mackenzie-Fort Smith che nel viaggio del 1984 non erano state raggiunte a causa delle cattive condizioni atmosferiche e, soprattutto, per «sottolineare la vostra dignità di popoli indigeni», per «proclamare la vostra dignità e sostenere il vostro destino»[41]. Ancora Giovanni Paolo II, dieci anni dopo il 12 dicembre 1997, concluderà l'Assemblea Speciale del Sinodo dei vescovi per l'America da lui convocata allo scopo di «incrementare la cooperazione» tra le diverse chiese particolari dell'intero continente americano e per affrontare insieme – all'interno del compito della nuova evangelizzazione e come espressione di comunione episcopale – «i problemi relativi alla giustizia ed alla solidarietà tra tutte le nazioni dell'America»[42]. L'anno precedente, il 21 maggio 1998, il pontefice aveva consegnato alla Chiesa universale e alle chiese particolari la lettera apostolica in forma di *motu proprio Apostolos Suos* sulla natura teologica e giuridica delle conferenze dei vescovi[43].

La CCCB, attenta e sensibile a recepire gli insegnamenti e le indicazioni della Santa Sede e a fare tesoro dell'esperienza sinodale, procede a modificare il proprio statuto (una prima bozza era già pronta nel 2001[44]) e prova a ripensare il suo modo di essere "guida" del popolo di Dio di un paese che per un verso – nel 1999 – vede l'ingresso nella Confederazione del Canada di una ulteriore entità (il lontano territorio del Nunavut ultimo tassello per riunire l'intero Nord America sotto un'unica realtà politica) e, per altro verso, rivive con una certa apprensione il risorgere di vecchie e nuove inquietudini identitarie in quel Quebec – un tempo cuore del cattolicesimo canadese – che affronta non senza tensioni nel

[40] Cfr. Giovanni Paolo II, *Cerimonia di benvenuto. Discorso*, Quebec, 9 settembre 1984, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

[41] Giovanni Paolo II, *Discorso alle popolazioni del Canada*, Fort Simpson (Canada), 20 settembre 1987, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

[42] Entrambe le citazioni rinviano a Giovanni Paolo II, *Esortazione apostolica post-sinodale Ecclesia in America sull'incontro con Gesù Cristo vivo via per la conversione, la comunione e la solidarietà in America*, 22 gennaio 1999, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

[43] Cfr. Giovanni Paolo II, *Lettera apostolica in forma di motu proprio Apostolos Suos*, cit. Per alcuni riferimenti bibliografici: J.I. Arrieta, *Le conferenze episcopali nel motu proprio Apostolos Suos*, in *Ius Ecclesiae*, n. 1, 1999, pp. 169-191; Id., *La revisione degli statuti delle conferenze episcopali*, in *Ius Ecclesiae*, n. 2, 1999, pp. 578-582; A. Bettetini, *Collegialità, unanimità e «potestas». Contributo per uno studio sulle Conferenze episcopali alla luce del m.p. «Apostolos Suos»*, in *Ius Ecclesiae*, n. 2, 1999, pp. 493-509; J. Beyer, *Apostolos suos, motu proprio di Giovanni Paolo II sull'attività collegiale dei vescovi di rito latino*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, n. 4, 1999, pp. 394-400; J. Fornés, *Autoridad y competencias de la Conferencia Episcopal. Un Comentario al m.p. "Apostolos Suos" de 21 De mayo de 1999*, in *Ius Canonicum*, 1999, pp. 733-759; J. Otaduy, *Sobre la potestad legislativa de las Conferencias Episcopales*, in *Ius Canonicum*, 1999, pp. 185-195; D. Flores, *Le conferenze episcopali alla luce della lettera apostolica data motu proprio "Apostolos suos" e del direttorio "Apostolorum successores"*, Pontificia Università Lateranense, Roma, 2010.

[44] Il testo, poi approvato in Assemblea e sottoposto alla *recognitio* della Santa Sede, vedrà la luce nel 2008. Nel 2020 sarà promulgato il nuovo Regolamento che, come il precedente dedica un'intera sezione (comprensiva di quattro articoli, 20-23) alle *Regional Episcopal Assemblies* (l'art. 20, riprendendo lo spirito del precedente Regolamento, ricorda che *«the main goals of these groupings are to facilitate discussion of regional issues, provide a regional forum for discussion of Conference matters, develop common pastoral projects, and foster exchange of information among the Bishops of the region as well as between the region and the Conference».*

1995 il secondo referendum sulla sua partecipazione alla Confederazione[45] e che, allontanandosi da una *«laïcité ouverte»*[46] a lungo propugnata, rivendicherà agli inizi del millennio una più intensa *«laïcité de l'État»*[47].

Ecco allora da un lato le interlocuzioni con le autorità politiche (internazionali, federali, provinciali) e le organizzazioni sociali ed economiche; le relazioni con le autorità religiose della Chiesa universale e delle chiese particolari e con le altre confessioni e gruppi religiosi. Dall'altro la pubblicazione di decreti, lettere, dichiarazioni, memorie, messaggi[48]: dalla bioetica all'ecologia, dall'educazione scolastica ed universitaria cattoliche al matrimonio, alla famiglia e alla protezione dei minori, dall'economia alla diversità culturale, alla tutela delle minoranze e, ancora, liturgia, ecumenismo e dialogo interreligioso, libertà religiosa[49], nuova evangelizzazione e inculturazione del Vangelo, *indigenous peoples*, ministero responsabile. A partire dagli anni '90, poi, la Conferenza canadese, talvolta da sola talaltra quale membro del *Catholic Group for Health, Justice and Life*[50], figurerà altresì come *amicus curiae* della *Supreme Court* proponendo *briefs* su temi, per così dire, sensibili: la sacralità della vita (di quella che nasce e di quella che volge al termine), il matrimonio (inteso solo come unione

[45] Il primo referendum si era svolto il 20 maggio 1980; il secondo il 30 ottobre 1995. Per una primissima indicazione: P. Dumberry, *The Secession Question in Quebec*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2015, pp. 357-380; N. Olivetti Rason, *Canada, 1982-1992: come non si modifica la Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 1993, pp. 325-344.

[46] È il cd. *Report Bouchard-Taylor* (2008) a parlare di *Laïcité Ouverte* o *Open Secularism*: Cfr. G. Bouchard, C. Taylor, *Report Building the Future. A Time for Reconciliation*, Gouvernement du Québec, 2008, p. 20.

[47] Il testo riportato è il primo capoverso del preambolo del *Bill 21 An Act respecting the Laicity of the State*, 16 giugno 2019.

[48] Emblematici i tanti messaggi e gli opuscoli che in occasione delle elezioni federali la Conferenza rende pubblici allo scopo di aiutare gli elettori e i candidati cattolici a votare in modo coerente ai valori professati. *«Voting: a right and responsibility»*; *«Voting: A duty, a gift, an opportunity»*: così titolano le ultime due guide alle elezioni federali rispettivamente del 2019 e del 2021 che rivolgendosi, appunto, agli elettori e ai candidati ricordano l'importanza del loro ruolo e la loro responsabilità come cittadini nel farsi garanti dei principi della propria fede. Il testo dei documenti citati è disponibile sul sito ufficiale della Conferenza episcopale canadese https://www.cccb.ca. Per il tema affrontato è interessante la lettura di Congregazione per la Dottrina della Fede, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, 24 novembre 2002, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

[49] In questa sede merita ricordare le due lettere pastorali sulla libertà religiosa che il Consiglio permanente della CCCB pubblicava nel 2012 e nel 2023 per fare sentire la sua voce sulle distorsioni di quel diritto nel paese. La lettera del 2012 un "accorato appello" – *On Freedom of Conscience and Religion* – viene indirizzata a tutte le persone di buona volontà al fine di sensibilizzare sull'importanza della libertà religiosa in vista del bene comune; rivendicare il diritto dei singoli e dei gruppi di manifestare pubblicamente la propria dimensione spirituale nello spazio pubblico; incoraggiare quanti nello svolgimento della propria attività professionale e lavorativa incontrano seri ostacoli per l'esercizio del diritto di libertà religiosa e di coscienza e coloro che subiscono indebite pressioni per rinnegare la propria fede e la propria appartenenza confessionale. La lettera del 2023 – *Living as Catholics in the Public Square. Freedom of Religion and Conscience in Canada* – costituirà un vero e proprio "atto di accusa" e di denuncia che, rivolgendosi a vescovi, presbiteri, diaconi, membri delle comunità religiose e fedeli laici, propone un cammino da compiere a partire da alcuni punti fermi: il fondamento del diritto in oggetto; il legame intrinseco tra esso e la sua pubblica manifestazione; l'erroneità del postulato moderno secondo cui, nel bilanciamento tra libertà di coscienza e di religione e libertà di pensiero, quest'ultima debba essere sempre interpretata in senso ampio e prevalere sulla prima; il mancato rispetto dell'obbligazione di cui all'art. 2 della *Charter* del 1982 di difendere le libertà fondamentali per il bene comune di tutti e di favorire la crescita e la realizzazione piena di ogni individuo e dell'intera collettività. Il testo delle lettere pastorali è disponibile sul sito della CCCB, https://www.cccb.ca.

[50] Il *Catholic Group for Health, Justice and Life/Regroupement catholique pour la santé, la justice et la vie* (CGHJL/RCSJV) si compone di quattro importanti organismi della Chiesa cattolica: la *Canadian Conference of Catholic Bishops*, la *Catholic Women's League of Canada*, l'*Association catholique canadienne de la santé* e l'*Association canadienne des Chevaliers de Colomb*.

di un uomo e di una donna e non anche quale legame fra due persone dello stesso sesso), gli abusi sui minori (commessi soprattutto da ministri di culto e da religiosi), l'educazione cristiana (in particolare a livello universitario[51]).

Anche solo una lettura superficiale dei contenuti del sito ufficiale della CCCB non può non stupire. Ne emerge infatti la vivacità di un episcopato che bene esprime la *diversità nell'unità*[52]: nell'ambito dell'unica Chiesa universale, cioè, è particolarmente attento alla realtà particolare manifestando nella peculiarità di approcci, nella specificità di strumenti utilizzati e nella caparbietà delle relazioni (soprattutto con entità non ecclesiali) la sua capacità di essere *mater et magistra* del popolo di Dio canadese e «manifestazione concreta dell'unica Chiesa in un luogo del mondo», quella «Chiesa incarnata in uno spazio determinato, provvista di tutti i mezzi di salvezza donati da Cristo però con un volto locale»[53].

In questa prospettiva, e ai fini delle riflessioni qui proposte, appare utile soffermarsi su due ambiti che hanno assunto un particolare significato per la vicenda (non solo recente) della CCCB: quello degli abusi del clero su minori e persone vulnerabili e quello delle popolazioni aborigene.

3.2.2 Abusi su minori e persone vulnerabili.

Il primo ambito ha permesso di constatare l'accurato lavoro svolto dalla CCCB che, «in anticipo sui tempi»[54], ancora agli inizi degli anni '90 aveva avviato una indagine dotandosi di strumenti mirati per fare luce su una pagina dolorosissima della Chiesa cattolica (anche canadese). La modernità dell'approccio scelto dai vescovi – soprattutto per quanto concerne l'attenzione alle vittime, al reo e alla comunità ecclesiale in cui si sono consumati gli abusi – ha condotto a riflettere sul divario temporale intercorso tra le scelte e i documenti pubblicati dalla CCCB e quelli della "Chiesa di Roma" (che solo a partire dagli anni duemila inizierà un lento cammino poi acceleratosi con Benedetto XVI prima e con Francesco poi) soprattutto se si considera che il testo della Conferenza episcopale canadese del 1992 – *From Pain to Hope*[55] – nasceva per integrare quelle direttive che cinque anni prima, sempre la Conferenza, aveva elaborato e che apparivano solo dopo pochi anni non più adeguate. Proponendo raccomandazioni indirizzate ai cattolici del Canada, ai vescovi cattolici del Canada, ai responsabili della formazione dei presbiteri, ai responsabili diocesani del clero, alla stessa Conferenza dei vescovi, il lavoro del 1992 intendeva iniziare un perc-

[51] Ad oggi si segnalano i seguenti interventi della CCCB quale *amicus curiae*: Rodriguez *v.* British Columbia (AG) 1993; Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) *v.* G (DF) 1997; Bazley *v.* Curry 1999; Jacobi *v.* Griffiths 1999; Dobson (Litigation Guardian Of) *v.* Dobson 1999; R *v.* Latimer 2001; Trinity Western University *v.* British Columbia College of Teachers 2001; John Doe *v.* Bennett 2004; *Reference* Re Same-Sex Marriage 2004; *Reference* Re Assisted Human Reproduction Act 2010; Law Society of British Columbia *v.* Trinity Western University 2018; Trinity Western University *v.* Law Society of Upper Canada 2018. Cfr. L. De Gregorio, *La Conferenza episcopale canadese come "amicus curiae" della Corte Suprema*, in E. Ceccherini, L. De Gregorio (a cura di), *Pluralismo religioso, forma di Stato e autonomia privata,* Tricase, Libellula Edizioni, 2018, pp. 219-255.

[52] È questa una parte del titolo del volume G. Routhier, M. Wijlens (a cura di), *Diversità e unità. Ripensare il munus docendi delle conferenze episcopali in una chiesa mondiale*, Bologna, EDB, 2023.

[53] Francesco, *Esortazione apostolica Evangelii Gaudium sull'annuncio del Vangelo nel mondo attuale*, 24 novembre 2013, n. 27, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).

[54] Così è rubricata la seconda parte del titolo del § 4.4. del volume L. De Gregorio, *Comunione, Collegialità, Sinodalità*, cit.

[55] Il testo è disponibile sul sito della CCCB, https://www.cccb.ca.

orso al contempo pensato come Cammino di *verità*, Cammino di *umiltà*, Cammino di *conversione*, Cammino di *perdono*.

Proprio in questa dimensione, in occasione del decimo anniversario del documento *From Pain to Hope*, l'Assemblea plenaria della CCCB chiedeva che si procedesse con una revisione e un aggiornamento del documento sulla base delle esperienze maturate dalle diocesi dopo la sua pubblicazione e delle indicazioni proposte nel frattempo dalla Chiesa universale al riguardo. Un gruppo di lavoro[56] veniva quindi costituito con il compito, oltre che di riformulare se necessario le indicazioni del 1992, anche di procedere: ad uno studio in merito alla individuazione e alla definizione dei mezzi giuridici adeguati per garantire sempre più la trasparenza; ad una riflessione circa la costituzione di ambienti sicuri per lo svolgimento delle attività pastorali con i minori; alla precisazione – diventata decisiva – della nozione e dei concetti di imputabilità e responsabilità. Più in generale, venivano raccomandati tutti quei cambiamenti alle politiche ecclesiali fino a quel momento poste in essere, allo scopo di assicurare una sempre più proficua azione della Conferenza episcopale in tema di abusi.

A distanza di alcuni anni, facendo tesoro delle molte riflessioni dei pontefici e delle esperienze passate, il 27 settembre 2018 l'Assemblea plenaria della CCCB approvava all'unanimità un nuovo documento *Protecting Minors from Sexual Abuse. A Call to the Catholic Faithful in Canada for Healing, Reconciliation and Transformation*[57]. Voleva essere, quest'ultimo, uno strumento a disposizione non solo dei vescovi e dei superiori maggiori del Canada, ma anche di tutti i fedeli cattolici e di tutti gli uomini e le donne *of good will*, perché «*sexual abuse is a profound contradiction of everything that Jesus Christ represents*»[58]. Di più – come attestano le parti seconda e terza focalizzate sugli aspetti pratici – esso intendeva offrire a tutti gli operatori nozioni e informazioni preziose per procedere alla elaborazione, applicazione e aggiornamento dei protocolli diocesani, affinché questi ultimi si rivelassero il più possibile adeguati e coerenti con le normative vigenti.

3.2.3 Aboriginal peoples e CCCB: un lungo cammino di verità e riconciliazione.

Come sopra indicato, l'investigazione sulla Conferenza dei vescovi cattolici del Canada ha ritenuto pure opportuno approfondire un altro tema di grande attualità: quello del lungo cammino di verità e riconciliazione intrapreso nei confronti delle popolazioni aborigene.

Non erano nuovi interesse e attenzione della CCCB in proposito. Sulla via già individuata nei decenni precedenti e con la consapevolezza maturata dalle esperienze compiute, la CCCB, a partire dagli anni '90, decideva di assumersi un impegno senza riserve e di grande responsabilità. E, infatti, alle suggestioni che la *Royal Commission on Aboriginal Peoples* –

[56] Il gruppo era costituito da otto membri, scelti tra laici e religiosi, e presieduto da due presidenti: l'arcivescovo di Winnipeg, V. James Weisgerber e J. Tremblay, vescovo di Amos. Nel 2005, al termine dei lavori, viene pubblicato il *Report of the Special Taskforce for the Review of From Pain to Hope*.

[57] Il testo è disponibile sul sito della CCCB, https://www.cccb.ca.

[58] Cfr. Cccb, *Protecting Minors from Sexual Abuse. A Call to the Catholic Faithful in Canada for Healing, Reconciliation and Transformation*, 27 settembre 2018, p. 75.

istituita il 26 agosto 1991 – aveva indicato nel suo voluminoso rapporto del 1996[59], la Conferenza episcopale canadese rispondeva: istituendo, nel 1997, il *Catholic Aboriginal Council for Reconciliation* (al fine di consolidare i rapporti tra Chiesa cattolica e popoli indigeni – *First Nations, Inuit, Métis Nation* – favorire la riconciliazione, la solidarietà e la comunione e migliorare la conoscenza della spiritualità cristiana e di quella autoctona) e l'*Indigenous Reconciliation Fund*[60]; pubblicando, nel 1999, una lettera pastorale dal titolo *Rediscovering, Recognizing and Celebrating the Spiritual Heritage of Canada's Aboriginal Peoples*; stipulando, sempre nel 1999, un memorandum di intesa con l'*Assembly of First Nation* al fine di accrescere la conoscenza reciproca e il dialogo e impegnarsi a sostenere le rivendicazioni autoctone quanto ai diritti sulla terra[61]. Pochi anni dopo, nel 2002, la CCCB sceglieva in Assemblea plenaria di prorogare per tre anni l'*Indigenous Reconciliation Fund* (con possibilità di ulteriori futuri rinnovi). A sua volta il *Catholic Aboriginal Council for Reconciliation* approvava alcune interessanti iniziative che avrebbero poi nel corso degli anni rappresentato un punto di riferimento della sua azione: *Returning to Spirit* (programma di guarigione – elaborato nella diocesi di Mackenzie-Fort Smith e nel tempo esteso anche ad altre diocesi – che intendeva permettere agli individui e ai gruppi di riflettere e immaginare la costruzione di un avvenire fondato sul perdono, la fiducia, la collaborazione e la stima con i popoli aborigeni) e *National Day of Prayer in Solidarity with Indigenous People* (proposto per il 12 dicembre festa di Nostra Signora di Guadalupe[62]).

Anche all'indomani dell'accordo di principio siglato il 20 novembre 2005 fra governo canadese e alcune associazioni in rappresentanza delle vittime del sistema delle *residential schools* – cui seguiva l'8 maggio 2006 la firma dell'*Indian Residential Schools Settlement Agreement* (che intendeva sia regolare tutte le controversie relative appunto alle *residential schools* e risarcire finanziariamente le vittime, sia istituire la *Truth and Reconciliation Commission* e un fondo di dotazione economica per l'attuazione di programmi di guarigione) – e dell'adozione nel 2007 da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite della *Declaration on the rights of Indigenous Peoples*, la CCCB rispondeva: modificando il nome del *Catholic Aboriginal Council for Reconciliation* in *Canadian Catholic Aboriginal Council*[63]; pubblicando una dichiarazione per sottolineare l'importanza della istituzione della *Truth and Reconciliation Commission*; impegnandosi a fare meglio conoscere la presenza, l'impegno e il ministero dei cattolici presso i popoli autoctoni di tutte le diocesi canadesi nel Nord come nel Sud del paese.

[59] Cinque i volumi pubblicati dalla *Royal Commission* dal titolo rispettivamente: *Looking Forward, Looking Back*; *Restructuring the Relationship*; *Gathering Strength*; *Perspectives and Realities*; *Renewal: A Twenty-Year Commitment*. I documenti sono disponibili in https://library-archives.canada.ca/eng.

[60] Si rinvia a: https://irfund.ca/en/welcome/. Il fondo assumerà una forma giuridicamente più strutturata nel 2022. Così si legge infatti sul sito della CCCB: «*The Indigenous Reconciliation Fund (IRF) is an arms-length, federally incorporated not-for-profit registered charity with its own not-for-profit registered charity with its own independent Board of Directors and members comprised of Indigenous and non-Indigenous leaders. The charity was registered in March 2022 and its first Board meeting was held in June 2022. In the IRF's first year of operation, the Board approved 18 projects. As of today, the IRF has approved 89 projects across Canada*».

[61] Si veda in proposito il messaggio della CCCB del 24 settembre 2000 dal titolo *Aboriginal Land Rights: a Jubilee Challenge Facing Canada*. Il testo è disponibile sul sito della CCCB, https://www.cccb.ca.

[62] Era stato Pio XII nel 1946 a proclamare Nostra Signora di Guadalupe patrona dell'America.

[63] D'ora in poi nel prosieguo CCAC.

Nel 2016 – quasi un anno dopo il deposito da parte della *Truth and Reconciliation Commission* del suo rapporto e degli appelli all'azione – la Conferenza episcopale canadese (insieme al CCAC, alla *Canadian Religious Conference* e alla *Canadian Catholic Organization for Development and Peace*) pubblicava due significativi documenti: *A Catholic Response to Call to Action 48 of the Truth and Reconciliation Commission (On Adopting and Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)* e *"The Doctrine of Discovery" and Terra Nullius: A Catholic Response*[64]. L'intenso lavoro svolto a partire da questi testi non solo non rimaneva lettera morta, ma trovava nel biennio 2021-2023 una conferma e un incoraggiamento per continuare sulla strada intrapresa. Sono in particolare (settembre 2021) la formulazione delle scuse «*to the Indigenous peoples of this land*» per la dolorosa vicenda delle *Indian residential Schools*, per gli abusi ivi perpetrati, per i traumi e le gravi conseguenze che questi ancora oggi causano ai sopravvissuti e ai loro discendenti; l'incontro a Roma (marzo-aprile 2022) con Francesco di una delegazione di popoli indigeni canadesi; il "pellegrinaggio penitenziale" del pontefice argentino in Canada (luglio 2022) a segnare un punto di non ritorno nella lunga storia delle relazioni tra la Chiesa cattolica e le *aboriginal peoples* «perché le sofferenze del passato lascino il posto a un futuro di giustizia, guarigione e riconciliazione»[65].
Proseguendo, infatti, sul cammino «*of truth, justice, healing, reconciliation and hope*»[66], la CCCB innanzitutto pubblicherà nei primi mesi dell'anno successivo quattro lettere pastorali indirizzate rispettivamente a *First Nations*, *Inuit in Canada*, *Métis* e *People of God* in Canada in cui, oltre a rinnovare le scuse espresse nel 2021 e a confermare gli impegni già assunti, formulerà nuovi propositi «*to walk together*». Ancora, e sempre nel 2023, divulgherà delle *Guidelines for developing diocesan policies on Indigenous-related records in Canadian Catholic diocesan Archives*[67] con lo scopo di aiutare specialmente vescovi, cancellieri, archivisti nella elaborazione di apposite politiche diocesane per la gestione e l'utilizzo degli archivi concernenti dossiers e rapporti relativi alle popolazioni indigene.

4. Laboratorio CCCB

«Non credo neppure che si debba attendere dal magistero papale una parola definitiva o completa su tutte le questioni che riguardano la Chiesa e il mondo. Non è opportuno che

[64] Entrambi i documenti sono disponibili sul sito della CCCB, https://www.cccb.ca.
[65] Cfr. Francesco, *Incontro con le popolazioni indigene First Nations, Métis e Inuit*, Maskwacis, 25 luglio 2022, il cui testo è edito nel sito ufficiale della Santa Sede (www.vatican.va).
[66] Così esordiscono le quattro lettere pastorali che la CCCB invierà l'8 febbraio del 2023 a *First Nations*, *Inuit in Canada*, *Métis* e *People of God in Canada* – nell'ambito del progetto della Conferenza *That We May Walk Together*. I testi sono disponibili sul sito della CCCB, https://www.cccb.ca.
[67] Cfr. Cccb, Permanent Council, *Guidelines for developing diocesan policies on Indigenous-related records in Canadian Catholic diocesan Archives, June, 2023,* Il testo è disponibile sul sito della CCCB, https://www.cccb.ca. Una *Introduction* che enuncia ragioni, obiettivi e destinatari del documento precede le tre sezioni di cui il testo si compone relative a *Church Teaching and Canon Law. Considerations Regarding Archives*; *Civil Privacy Law Considerations*; *Finding Indigenous-Related Records in Canadian Catholic Diocesan Archives* (Interessante al primo paragrafo della terza sezione l'elenco dei tipi di oggetti e documenti che possono costituire i *records* sul presupposto che «indigenous-related records can encompass a wide variety of record types, as it is their content that determines which records are of value to an Indigenous community»: in particolare sono individuati *«sacramental and death/burial records, School and student records, Correspondence with Indigenous communities or chiefs and council, Correspondence with federal or provincial governments, Correspondence with parishes, Photographs, Artifacts, Records of service organizations, Cemeteries, Archival backlogs».*

il Papa sostituisca gli Episcopati locali nel discernimento di tutte le problematiche che si prospettano nei loro territori. In questo senso, avverto la necessità di procedere in una salutare "decentralizzazione"»[68].

Nel 2013 così si esprimeva papa Francesco nel "manifesto" del suo pontificato da poco concluso.

Le considerazioni condotte in queste note, nel dare conto della peculiare vicenda della Conferenza dei vescovi cattolici del Canada, sembrano avvalorare quelle parole e allo stesso tempo confermare la bontà dell'intuizione dei padri del Concilio Vaticano II di ritenere «sommamente utile che in tutto il mondo i vescovi della stessa nazione o regione si adunino periodicamente tra di loro, affinché da uno scambio di esperienze e di pareri sgorghi una santa armonia di forze, per il bene comune delle Chiese»[69].

Continuando il percorso sinodale avviato negli anni precedenti, a metà di un importante anno giubilare e nei primi mesi del ministero di papa Leone XIV, la CCCB non può che guardare al futuro: facendo tesoro dell'esperienza maturata e intercettando – magari ancora una volta in anticipo sui tempi – le necessità e i doni che il popolo di Dio affidato alla sua cura saprà esprimere.

[68] Francesco, *Esortazione apostolica Evangelii Gaudium*, cit., n. 16.
[69] Paolo VI, *Decreto Christus Dominus*, cit., n. 37.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-846

costituzionalismo britannico e irlandese

Osservatorio irlandese

I rapporti tra tra l'Uachtarán na Héireann e il Taisoeach
Una riflessione sulla forma di governo irlandese

Marco Corrias
Docente a contratto di Diritto costituzionale delle autonomie territoriali,
Università degli Studi di Sassari

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

I rapporti tra tra l'Uachtarán na Héireann e il Taisoeach Una riflessione sulla forma di governo irlandese**

di Marco Corrias*

Abstract (Ita): Il presente articolo si occuperà della forma di governo della Repubblica d'Irlanda, soffermandosi specificatamente sullo studio delle funzioni del Presidente della Repubblica (Uachtarán na hÉireann) e del Presidente del Consiglio (Taoiseach). In questo modo, esaminando approfonditamente le attribuzioni che la Costituzione conferisce ad entrambe le figure evocate, si cercherà di individuare quali siano i rapporti tra Presidente della Repubblica e del Consiglio al fine di dare risalto alle peculiarità tipiche del sistema irlandese che, definito da Norberto Bobbio come l'unico esempio di costituzionalismo "cristiano-sociale", interroga la dottrina circa l'effettivo assoggettamento della propria forma di governo ai sistemi semipresidenziali classici.

Abstract (Eng): The form of government in the Republic of Ireland will be examined in this article on the basis of available doctrinal studies. Special attention will be paid to the tasks of the President of the Republic (Uachtarán na hÉireann) and the Prime Minister (Taioseach). The paper will discuss the relations between the above mentioned characters by reading the Irish constitution (Bunreacht na hÉireann). At the end, the article will also try to highlight all the peculiarities of the Irish system (already defined by Norberto Bobbio as the only example of "Christian-social" constitutionalism) that questions its place among the classic semi-presidential systems.

Parole chiave: Costituzionalismo irlandese; Forma di Governo; Semi-presidenzialismo

Keywords: Form of government; Irish constitutionalism; Semi-presidentialism

Sommario: 1. Qual è la forma di governo della Repubblica d'Irlanda?; 2. L'Oireachtas; 4. Le funzioni del Governo e del Taoiseach in particolare; 5. I rapporti tra lo Uachtarán e il Taoiseach; 6. Conclusioni e spunti di riflessione

1. Qual è la forma di governo della Repubblica d'Irlanda?

Le imminenti elezioni presidenziali della Repubblica d'Irlanda (EIRE) sono una "ghiotta" occasione per interrogarsi su quale sia l'effettiva forma di governo dell'"Isola di Smeraldo" che è considerata – non senza discussioni[1] – alla stregua di un semipresidenzialismo alla francese[2]. La stessa Costituzione del 1937, tra l'altro, prevede l'esplicita elezione diretta dello *Uachtarán na hÉireann* (il Presidente della Repubblica)[3] e la contestuale attribuzione della fiducia parlamentare al *Taoiseach* (Presidente del Consiglio). Parrebbe, quindi, che non vi debbano essere discussioni sull'effettiva collocazione della forma di governo irlandese nel novero dei semipresidenzialismi, ma la stessa *Bunreacht na hÉireann* (Cost. EIRE) prevedendo un forte squilibrio di poteri a vantaggio del *Taoiseach*, sembrerebbe sollevare più dubbi che certezze. Pertanto occorrerebbe ragionare su quali siano i confini di azione

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Docente a contratto di Diritto costituzionale delle autonomie territoriali, Università degli Studi di Sassari

[1] Quest'idea è sostenuta, tra i tanti, da A. Maresca, *La rappresentanza degli interessi e la seconda Camera in Irlanda*, in V. Baldini (a cura di), *La Camera degli interessi territoriali nello Stato composto. Esperienze e prospettive*, Napoli, Satura, 2007.

[2] Per comprendere quanto sia acceso il dibattito sul punto si rimanda a: L. Mezzetti, *The Irish Form of Government: A Merely Apparent Semipresidentialism*, in G.F. Ferrari, J. O'Dowd (eds.), *75 Years of the Constitution of Ireland: An Irish-Italian Dialogue*, Dublin, Clarus Press, 2014, p. 169.

[3] Art. 12.2. Cost. EIRE.

delle due figure monocratiche richiamate poco sopra e di come i loro rapporti abbiano influenzato l'assetto dei poteri che definiscono la forma di governo irlandese.
Uachtarán e *Taoiseach*, infatti, intrecciano rapporti costituzionali senza eguali nel mondo[4] poiché l'ordinamento irlandese, di chiara derivazione anglosassone, non solo subisce ancora oggi l'influenza del Regno Unito, ma deve fare i conti anche con la forte ascendenza che il Cattolicesimo esercita sul popolo irlandese[5].

2. L'*Oireachtas*

Prima di affrontare nello specifico il tema oggetto della presente riflessione, occorre soffermarsi su quali siano i rapporti tra l'organo esecutivo e l'organo legislativo, ivi comprese le regole elettorali che ne condizionano la composizione. Ciò vale ancor di più in un contesto come quello irlandese in cui si riscontrano diverse evoluzioni dell'originario "modello *Westminster*". In via preliminare, è interessante notare che la Costituzione irlandese prevede che il Presidente della Repubblica sia parte integrante dell'*Oireachtas* (il Parlamento) che, tra le altre cose, ha il compito di attribuire la fiducia al *Rialtas na hÉireann*.
Rimandando ai paragrafi successivi quali siano le prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica e del *Cabinet*, in tale sede è opportuno evidenziare in quali modi l'*Oireachtas* – suddiviso in *Seanad Éireann* (il Senato) e in *Dáil Éireann* (la Camera dei Rappresentanti) – eserciti in via esclusiva la funzione legislativa e influenzi la forma di governo irlandese[6].
Per quanto concerne il primo punto, bisogna muovere dal fatto che l'esclusività nella funzione legislativa, nata già con la Costituzione del 1922 e all'epoca destinata all'esercizio delle sole materie «pace, ordine e buon governo»[7], è attualmente disciplinata dall'art. 15.2.1. Cost. EIRE, ed è stata interpretata estensivamente da diversi approdi giurisprudenziali che trovano il loro culmine nella sentenza *Kennedy v. Law Society of Ireland* (No. 3)[8].
Sul secondo punto, invece, bisogna muovere dalle modalità con cui vengono elette le due Camere e dalle attribuzioni costituzionali di cui ciascuna di esse è titolare.
Per quanto riguarda il *Dáil* il numero dei suoi componenti è stabilito dalla legge, ma, per espressa previsione costituzionale, ogni suo membro deve essere chiamato a rappresentare un minimo di ventimila abitanti fino a un massimo di trentamila[9]. Attualmente, a seguito dell'approvazione dell'*Electoral (Amendment) Act* 2023, il *Dáil* è composto da 174 membri, dura in carica cinque anni ed è l'unica tra le due Camere ad attribuire o negare la fiducia al Governo[10]. Tra le sue altre funzioni figurano i compiti di iniziativa legislativa, compresi quelli inerenti le leggi costituzionali e finanziarie, e la proposta al Presidente della Repubblica dei nominativi legati all'individuazione del Revisore dei conti e del Controllore gene-

[5] N. Olivetti Rason, *Un semipresidenzialismo "intermittente": il caso irlandese*, in L. Pegoraro, A. Rinella (a cura di), *Semipresidenzialismi*, Padova, CEDAM, 1997, p. 169 e ss.
[6] La suddivisione bicamerale del Parlamento irlandese è stabilita dall'art. 15.1. Cost. EIRE.
[7] Art. 12, Cost. EIRE 1922..
[8] Sent. Corte Suprema EIRE [2002] 2 IR 458. Testo consultato online al seguente collegamento: https://ie.vlex.com/vid/kennedy-v-law-society-793485309.
[9] Art. 16.2.2. Cost. EIRE.
[10] Art. 13.2. Cost. EIRE.
[11] J. Kavanagh, *Constitutional Law in Ireland*, II ed., Dublin, Clarus Press, 2022, pp. 66-67.

anta membri di cui undici nominati direttamente dal *Taoiseach* e quarantanove eletti nel seguente modo: tre dalla *National University of Ireland*, tre dall'Università di Dublino e quarantatré eletti dai membri del *Dáil*, del *Seanad* uscente e dei consigli delle articolazioni territoriali all'interno di panel costituiti da soggetti aventi una qualche esperienza pratica in determinate materie[12]. La durata del mandato dei senatori è sempre di cinque anni ma è comunque legata alle sorti del *Dáil*. Il Senato, contrariamente alla Camera dei Rappresentanti, non accorda né revoca la fiducia al Governo ma può avviare l'*iter legis*, può esprimere pareri e raccomandazioni sulle proposte legislative inviate dal *Dáil* e può anche ritardare il processo legislativo attraverso la proposta di emendamenti[13].
Una volta insediatesi, le Camere devono eleggere un Presidente e un Vice-Presidente che assumono il nome di *Ceann Comhairle* e *Leas-Cheann Comhairle*, quando si discorre di *Dáil*, e di *Chathaoirleach* e *Leas-Chathaoirleach* quando il riferimento è al *Seanad*. A queste figure, la Costituzione attribuisce l'ulteriore potere di far parte della Commissione presidenziale che è chiamata ad assolvere diversi compiti, il più importante dei quali è senza dubbio quello di sostituire il Presidente nelle sue funzioni qualora si trovi impossibilitato a farlo. La Commissione in esame, oltre ad essere composta dai Presidenti di entrambe le Camere, annovera tra le sue fila anche il Presidente della *Supreme Court* (Corte Costituzionale) il quale, se impossibilitato, viene sostituito dal Presidente della *High Court*[14].
Accennate le modalità di elezione e l'articolazione principale del Parlamento irlandese, bisogna interrogarsi su quali siano le procedure che le due Camere portano avanti per l'approvazione delle leggi. Sul punto, assumono particolarmente rilievo le disposizioni costituzionali (artt. 20-27 Cost.) che rimandano, in maniera molto generica, a quanto previsto dai regolamenti parlamentari[15]. In ogni caso, l'attività parlamentare legittima i progetti con un dibattito sul contenuto dove vengono comunicate le varie linee partitiche nel rispetto dell'art. 15.2.1 Cost. e generalmente ogni atto è promosso dal Governo, che spesso si serve di esperti indipendenti[16].
Quando un *bill* è approvato dalle Camere, il *Taoiseach* lo presenta al Presidente per farglielo sottoscrivere e promulgare[17], in nessun caso il *Cabinet* può chiedere al Presidente di rifiutare la firma se non per gravi motivi di illegittimità costituzionale[18]. Il Presidente firma con una formula bilingue e, successivamente a tale sottoscrizione, la legge entra in vigore immediatamente, a meno che non sia esplicitata una data diversa[19].

3. Il Presidente della Repubblica irlandese e le sue funzioni.

Analizzate le prerogative parlamentari al fine di inquadrare meglio la questione legata alla forma di governo irlandese, occorre ora addentrarsi nella riflessione inerente i rapporti intercorrenti tra lo *Uachtarán* e il *Taoiseach*. Ragionando sul primo di questi, va segnalato sin

[12] Art. 18.4. Cost. EIRE.
[13] J. Kavanagh, *op. cit.*, p. 68 e ss.
[14] J.M. Kelly, *The Irish Constitution*, Dayton Ohio-Dublin, LexisNexis-Butterworths, 2003, p. 292.
[15] J. Casey, *Constitutional Law in Ireland*, Dublin, Round hall sweet & Maxwell, 2000, p. 139.
[16] D.G. Morgan, *Lineamenti di diritto costituzionale irlandese*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 194.
[17] Art. 25.1 Cost. EIRE.
[18] D.G. Morgan, *op. cit.*, p. 214.
[19] Art. 25.4.5 Cost. EIRE.

da subito che la figura del Presidente della Repubblica ha soppiantato quella del Governatore generale il quale, nella prima stesura costituzionale del 1922, era una figura molto vicina al controllo della Corona britannica[20]. Questa modifica, legata all'istituzione di un Capo di Stato non più controllabile da Londra, ha aperto la strada ad un maggior protagonismo del popolo irlandese[21] il quale, grazie al particolare sistema elettorale denominato "voto alternativo"[22], può eleggere a suffragio universale e diretto il proprio Presidente della Repubblica. Ma chi può diventare Presidente della Repubblica? La Costituzione irlandese sottopone a regole ferree la partecipazione alle elezioni dei vari candidati[23] facendo in modo che essi possano concorrere alla più alta carica dello Stato al fine di assumere il ruolo di più alto rappresentante degli Irlandesi.

Alla conclusione delle elezioni, il futuro Capo dello Stato è chiamato a giurare dinanzi a tutte le altre cariche dello Stato con la seguente formula: «*in the presence of almighty God, I do solemnly and sincerely promise and declare that I will maintain the constitution of Ireland and uphold its laws, that I will fulfil my duties faithfully and conscientiously in accordance with the constitution and the law, and that I will dedicate my abilities to the service and welfare of the people of Ireland. May God direct and sustain me*»[24]. Al pronunciamento di queste parole, che racchiudono l'anima cattolico-democratica dell'Irlanda, lo *Uachtarán* è ufficialmente in carica e ha l'onere di svolgere tutta una serie di funzioni stabilite dalla Costituzione e dalle altre leggi dell'ordinamento. Tra le attribuzioni che egli ottiene, una tra le più importanti per la definizione della forma di governo è, senza dubbio, quella che discende dal dettato dell'art. 13.1.1. Cost. EIRE il quale attribuisce al Presidente della Repubblica il compito di nominare il *Taoiseach* su indicazione del *Dáil*. Alla stessa stregua di tale potere, lo *Uachtarán* deve nominare, su indicazione del *Taoiseach* e previa approvazione parlamentare, anche la squadra dei ministri (art. 13.1.2. Cost. EIRE). In via ulteriore, la Costituzione affida al Presidente della Repubblica

[20] J. Kavanagh, *op. cit.*, pp. 55-57; J.M. Kelly, *op. cit.*, p. 196 e ss.

[21] Per le elezioni presidenziali, così come per quelle del *Dáil* e del rinnovo del Parlamento europeo, l'elettorato attivo è disciplinato dall'art. 16 Cost. EIRE così come modificato dall'*Electoral Act* del 1985, il quale ha previsto una nuova categoria di votanti: i c.d. «elettori presidenziali». V. sul punto il testo integrale consultabile in: www.irishstatutebook.ie/eli/1985/act/12/enacted/en/print#sec4.

[22] Questo particolare sistema elettorale attribuisce la facoltà agli elettori presidenziali di indicare, in ordine di preferenza, i candidati. Durante lo spoglio, qualora nessun candidato riesca ad ottenere la maggioranza assoluta dei voti, coloro i quali abbiano raccolto il minor numero di preferenze vengono progressivamente eliminati e i loro voti riassegnati, secondo le indicazioni di preferenza degli elettori, fino al raggiungimento della maggioranza assoluta delle preferenze per uno dei candidati. Nella storia del costituzionalismo irlandese, però, tale evento si è verificato soltanto cinque volte (1945, 1990, 1997, 2011 e 2018) considerato che nelle altre occasioni i partiti avevano trovato la quadra, già in sede parlamentare indicando un unico candidato che, a seguito della comunicazione al *Taoiseach*, diventava automaticamente il nuovo Presidente della Repubblica. Escluse le disposizioni costituzionali dell'art. 12.1-8, Cost. EIRE, il resto della disciplina elettorale è contenuta nel *Presidential Election Act* del 1993, modificato da ultimo nel 2009. Per approfondire il tema si rimanda al testo integrale consultabile in: www.irishstatutebook.ie/eli/1993/act/28/enacted/en/html.

[23] L'art. 12.4. Cost. EIRE prevede che possa diventare Presidente della Repubblica qualunque cittadino irlandese che abbia compiuto i trentacinque anni di età, purché esso non abbia già ricoperto la carica di Presidente e che sia proposto da almeno quattro circoscrizioni amministrative o, in alternativa, da non meno di venti membri dell'*Oireachtas* i quali hanno l'onere di poter indicare un solo candidato. Nel caso in cui, invece, il cittadino abbia già ricoperto la carica di Capo dello Stato questo può autocandidarsi, come già successo in passato in diverse occasioni; la prima nel 1952 con O'Kelly e, da ultimo, nel 2018 con l'attuale Presidente Higgins. Per un maggiore approfondimento sul punto vedi J. Kavanagh, *op. cit.*, pp. 57-58; J. Casey, *op. cit.*, 2000, p. 79.

[24] Art. 12.8. Cost. EIRE.

anche l'onere di convocare e/o sciogliere, su proposta del *Taoiseach*, il *Dáil*, a meno che tale richiesta di scioglimento non pervenga a seguito del mancato appoggio di quest'ultimo nei confronti del *Taoiseach* richiedente (art. 13.2.1. Cost. EIRE). Alla luce di questa attribuzione costituzionale, letta in combinato disposto con quanto stabilito dall'art. 12 Cost. EIRE, sembrerebbe che il Presidente della Repubblica abbia una sorta di prevalenza nei confronti delle altre cariche dello Stato ma nella stessa disposizione poco sopra evocata, non è esplicitato, in maniera chiara, cosa la Costituzione irlandese originale intendesse con la locuzione «Capo dello Stato».

Per questo si è resa necessaria l'approvazione del c.d. *Republic of Ireland Act* del 1948 il quale ha fatto nascere, *de facto*, la Repubblica irlandese che, fino ad allora e come si è accennato poc'anzi, era fortemente dipendente dalla Corona britannica[25]. Questo importante passaggio costituzionale, che tra le altre cose ha attribuito al Presidente la funzione di Capo delle forze armate e gli ha concesso la possibilità di ricoprire incarichi onorifici[26], non ha però confermato quella supremazia di cui si diceva *supra* ma lo ha relegato a mero organo formale, visto che le sue funzioni possono essere esercitate unicamente previo parere governativo[27].

Oltre queste funzioni, che potremmo definire "controllate", lo *Uachtarán* è stato investito del ruolo di Custode della Costituzione[28] che gli attribuisce ulteriori compiti che non necessitano, almeno teoricamente, di alcun parere governativo. Tra questi poteri, oltre al già citato potere di rifiuto di scioglimento e al potere di convocazione di uno o dei due rami del Parlamento, i più importanti sono senz'altro quelli discendenti dal dettato dell'art. 26 Cost. EIRE. In tale articolo, rubricato «*Reference of Bills to the Supreme Court*», vengono affidati al Presidente della Repubblica dei compiti riguardanti la possibilità di rinvio di alcuni progetti di legge alla *Supreme Court*[29]. Questo potere, tuttavia, ha presentato notevoli criticità già dal 1976 quando il Parlamento irlandese era in procinto di licenziare l'*Emergency Powers Bill*, approvato durante un periodo di forti tensioni con l'I.R.A. In quel periodo, il

[25] Per approfondire i contenuti del *Republic of Ireland Act* del 1948 si può consultare il testo integrale rinvenibile in https://www.irishstatutebook.ie/eli/1948/act/22/enacted/en/html.
[26] Ad esempio quello di Presidente della Croce Rossa irlandese.
[27] Tale aspetto, disciplinato all'art. 13.9. Cost. EIRE ha suscitato ampi dibattiti in dottrina. Sul punto, un esempio degno di nota è quello riguardante la Presidente M. Robinson che, nel 1993, fu scelta dall'ONU per assumere le funzioni di Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani. Il *Taoiseach* di allora, A. Reynolds, negò alla Presidente questa possibilità poiché non era stata fatta esplicita richiesta al Governo. La Presidente, però, accettando la proposta dell'ONU fu obbligata a dimettersi per non aver chiesto l'assenso governativo.
[28] D.G. Morgan, *op. cit.*, p. 104 e ss.
[29] Sono esclusi dal novero di tali atti legislativi i *Money Bills*, i progetti di legge di revisione costituzionale e quelli approvati per casi di conclamata urgenza. Sull'art. 26 Cost. EIRE e sulle sue implicazioni si veda, almeno: N. Olivetti Rason, *La forma di governo in Irlanda*, in A. Pace (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1083 e ss.

E[30] ma il Presidente pro-tempore sosteneva che la questione – presentando gravi indizi di illegittimità costituzionale – dovesse essere vagliata dalla Corte costituzionale irlandese in via preliminare, così come sancito dal dettato dell'art. 26, suscitando grande clamore tra i ministri che, criticandolo aspramente, lo costrinsero alle dimissioni.
La questione evocata si risolse con la prevalenza della posizione governativa dando prova di quanto il Governo abbia ampia discrezionalità sui compiti che la Costituzione attribuisce al Presidente della Repubblica, riconducendo anche le funzioni presidenziali di tal tipo a quelle riguardanti i compiti da "Capo di Stato". Così facendo, nella prassi, pur portando avanti una collaborazione fra organi nelle fasi preparatorie dell'*iter legis*, alla fine del procedimento – se non si raggiunge un accordo – a prevalere saranno sempre le posizioni governative.
In più, c'è da sottolineare il fatto che la legge attribuisce al Governo anche un potere di veto sulle comunicazioni riguardanti la Nazione e che il Presidente vuole inviare al Parlamento[31], limitando in maniera pregnante anche il rapporto tra quest'ultimo e il Capo dello Stato. Sotto tale aspetto, va evidenziato che, di recente, i maggiori scontri tra il Presidente della Repubblica e il Governo si sono consumati proprio su questo terreno e sull'interventismo che ha caratterizzato la Presidenza Higgins. Ad esempio, nel giugno 2022, lo *Uachtarán* in carica ha definito come un "disastro" la crisi dell'edilizia abitativa che ha investito l'Irlanda, portando la dottrina ad esporsi in maniera molto netta, tanto da etichettare questo discorso presidenziale come «*one of the most significant interventions from a sitting President*», aggiungendo che nessun Presidente della Repubblica in carica era mai intervenuto in questo modo su una politica governativa appena posta in essere[32].
Di conseguenza, questo modo di agire del Presidente in carica ha riacceso il dibattito dottrinale sui confini dell'attività presidenziale e su come la sua preminenza, suffragata – se non altro – da un consenso popolare sempre elevato, sia sempre posta in secondo piano dall'attività governativa, sollevando questioni sempre più complesse circa la definizione dei rapporti che intercorrono tra i due poteri dello Stato e di come essi riescano ad influenzare la forma di governo irlandese.

4. Le funzioni del Governo e del *Taoiseach* in particolare

Al pari dei poteri presidenziali, la Costituzione irlandese disciplina anche quelli riguardanti il Governo e le prerogative che il suo Capo, il *Taoiseach*, espleta per l'esercizio del potere

[30] L'articolo in questione recita: «*Nothing in this Constitution other than Article 15.5.2° shall be invoked to invalidate any law enacted by the Oireachtas which is expressed to be for the purpose of securing the public safety and the preservation of the State in time of war or armed rebellion, or to nullify any act done or purporting to be done in time of war or armed rebellion in pursuance of any such law. In this sub-section "time of war" includes a time when there is taking place an armed conflict in which the State is not a participant but in respect of which each of the Houses of the Oireachtas shall have resolved that, arising out of such armed conflict, a national emergency exists affecting the vital interests of the State and "time of war or armed rebel-lion" includes such time after the termination of any war, or of any such armed conflict as aforesaid, or of an armed rebellion, as may elapse until each of the Houses of the Oireachtas shall have resolved that the national emergency occasioned by such war, armed conflict, or armed rebellion has ceased to exist*». J. Kavanagh, *op. cit.*, pp. 95-96.
[31] Art. 13.7. Cost. EIRE.
[32] S. Murray, *Explainer: What are the powers — and limits — of the President?*, consultabile in https://www.irishexaminer.com/news/arid-40896065.html, 15 June 2022.

e, al comma 1, stabilisce altresì che la composizione del *Cabinet* può variare nella numerosità da un minimo di sette ad un massimo di quindici componenti e, ai sensi del successivo comma 6, si precisa che il Capo del Governo debba nominare un *Tánaiste* tra i ministri, attribuendogli il compito di fare le proprie veci durante i periodi di malattia, assenza temporanea, incapacità permanente o morte, affiancandolo all'interno del *Cabinet*[33]. Oltre questo, la Costituzione prevede anche che tutte le figure poco sopra richiamate debbano appartenere ad uno dei due rami del Parlamento, con l'unico limite che massimo due di essi possono essere componenti del *Seanad*[34] e che il *Taoiseach*, il *Tánaiste* e il Ministro delle Finanze siano membri del *Dáil*[35].

Come già accennato nei paragrafi precedenti, per essere nel pieno delle proprie funzioni, il Governo deve incassare la fiducia dalla Camera bassa del Parlamento irlandese e soltanto allora potrà essere nominato ufficialmente dal Presidente della Repubblica. In tal modo, il *Cabinet* – inteso come organo esecutivo – è articolato in pieno stile *Westminster* visto e considerato che il modello, adottato nel 1919, non si confaceva alle condizioni locali ma riprendeva, in maniera identica, quanto previsto per il Regno Unito, dimostrando un'incapacità di adattamento alle condizioni della neonata Repubblica d'Irlanda[36]. Questo aspetto, che presenta diverse perplessità, è stato ripreso anche da Chubb il quale ha però precisato che il sistema di tipo britannico, per quanto non consono alle esigenze locali, è stato anche l'unico che si è affermato saldamente in un territorio dove tutte le altre possibilità vagliate si erano dimostrate inadeguate[37].

Le analogie con il sistema britannico, tuttavia, non si esauriscono nelle modalità con cui l'esecutivo entra in carica ma si sostanziano anche con le funzioni che la Costituzione attribuisce al Governo irlandese. Sul punto, l'ordinamento in esame attribuisce al *Taoiseach* il compito di tenere informato il Presidente sulle vicissitudini che, nelle sue funzioni, egli dovrà incontrare, sia con riferimento a questioni di politica interna sia su situazioni derivanti dalla politica internazionale. Al Primo Ministro e ai suoi ministri, inoltre, è attribuita la facoltà di partecipare alla vita del Parlamento, luogo dove possono essere ascoltati o interrogati[38]. Sotto questo aspetto, e con particolare riferimento ai rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo, il Governo ha un ruolo anche in caso di invasione militare poiché la Costituzione gli attribuisce il compito di assumere qualunque decisione ritenuta necessaria al fine di proteggere i confini della Repubblica[39]. Ciononostante, il potere di assenso alla partecipazione alle guerre è affidato al Parlamento il quale, tra le altre cose, ha il compito di stabilire quali siano i poteri attribuibili al Governo in tempo di guerra o di ribellione armata, allo scopo di consentire alle leggi di rimanere in vigore indipendentemente dalla loro costituzionalità[40].

---

[33] J. Kavanagh, *op. cit.*, p. 93 e ss.
[34] Art. 28.7.2. Cost. EIRE.
[35] Art. 28.7.1. Cost. EIRE.
[36] B. Farrell, *The Constitution and the Institutions of Government: Constitutional Theory and Political Practice*, in *Administration*, n. 5, 1987, p. 169.
[37] B. Chubb, *The Constitution and Constitutional Change in Ireland*, Dublin, *IPA*, 1978, p. 10.
[38] Art. 28.8 Cost. EIRE.
[39] Art. 28.3.2. Cost. EIRE.
[40] Art. 28.3.3. Cost. EIRE.

Un'ulteriore peculiarità riguardante le funzioni del Governo di cui si tratta è quella della riservatezza. Sotto tale aspetto, il *Cabinet* svolge la propria attività nell'assoluto riserbo a meno che l'Alta Corte non stabilisca che questa segretezza debba essere revocata nell'interesse giudiziario o per via di un interesse pubblico prevalente. Per quanto controversa, tale attribuzione è stata oggetto di diversi ragionamenti dottrinali e giurisprudenziali che sono stati vagliati, nel merito, dalla notissima Sentenza *Attorney General v. Hamilton*. In quell'occasione, la Suprema Corte stabilì che la responsabilità collettiva dell'organo esecutivo portava con sé anche la salvaguardia della riservatezza nelle discussioni inerenti al Governo e che queste non potevano essere utilizzate in sede investigativa da parte dei tribunali. Nel dettaglio della controversia qui in discorso, il *Beef Tribunal* aveva cercato di interrogare l'ex ministro Ray Burke in merito alle discussioni portate avanti dal Governo per la stipula di un contratto sull'esportazione di carni bovine. L'*Attorney General* si oppose sostenendo che queste discussioni erano confidenziali ed essendo state espresse nel *Cabinet* erano coperte dal principio di riservatezza, così come stabilito dalla Costituzione[41]. Dinanzi ai giudici costituzionali tale conclusione trovò condivisione, visto che la *Supreme Court* sostenne che la riservatezza delle discussioni interne all'organo esecutivo era un principio cardine della responsabilità collettiva del Governo (ai sensi dell'art. 28.4.2 Cost. EIRE) e, pertanto, prevale – quasi sempre – a prescindere dall'interesse pubblico in gioco in quanto il diritto alla riservatezza rappresenta un *surplus* nella salvaguardia degli interessi statali[42]. A puntualizzare tale peculiarità dell'ordinamento irlandese è stata anche l'approvazione del *National Archives Act* del 1998 che ha stabilito, tra le altre cose, l'obbligo di riservatezza per almeno trent'anni dalla data di discussione del provvedimento in sede di *Cabinet*[43].

Secondo quanto finora enunciato è chiaro che il *Taoiseach* sia una carica politica molto libera nella sua attività anche se non mancano, come si è visto, dei particolari vincoli strutturali e congiunturali che ne limitano l'operato. Tuttavia, capire fin dove questi si possa spingere non è di agevole comprensione, soprattutto se si prende in considerazione il fatto che, in dottrina, si è soliti suddividere i suoi compiti in ruoli «presidenziali» e ruoli di «capo politico»[44].

Tra i primi si possono annoverare tutti quei poteri che permettono al Capo dell'Esecutivo di essere identificato come quel soggetto disposto alla condivisione di risorse, di responsabilità e di non fuggire dalle prerogative costituzionali stabilite dall'ordinamento[45]. Al contrario, invece, tra la seconda tipologia di attività possono essere annoverati tutti quei compiti che permettono al *Taoiseach* di far proprie risorse politiche utili a concentrare il processo decisionale nelle proprie mani, facendo leva sulla propria posizione strategica rispetto

[41] Sent. Corte Suprema EIRE [1993] 2 IR 250. Testo consultato online al seguente collegamento https://ie.vlex.com/vid/attorney-general-v-hamilton-803004761.
[42] Tuttavia il caso Hamilton è solo l'ultimo in ordine di tempo che si è occupato di queste problematiche. Per approfondire sul punto v. J. Kavanagh, *op. cit.*, p. 96 e ss.
[43] Per approfondire in che modo tale disposizione normativa, riguardante la disciplina degli archivi nazionali, possa disporre di questo termine si rimanda alla lettura generale dell'atto. Consultabile in https://www.irishstatutebook.ie/eli/1986/act/11/enacted/en/print.html.
[44] Sul punto si veda quanto sostenuto da Brian Farrell. Nello specifico v. B. Farrell, *Chairman or Chief? The Role of Taoiseach in Irish Government*, Dublin, Gill and Macmillan, 1971; concetto poi ripreso in Id, *The Government*, in J. Coakley, M. Gallagher (eds.), *Politics in the Republic of Ireland*, ed. II, Limerick, PSAI Press, 1996.
[45] Ivi, pp. 179-180.

all'intero governo[46]. Da questo assunto emerge chiaramente che il "pendolo" dell'attività del Primo ministro dipende fortemente non solo dalla personalità del leader di cui si tratta, ma anche dalle particolari circostanze che egli deve affrontare durante il suo mandato[47]. In altre parole, i vari *Taoisigh* che si sono avvicendati negli ultimi decenni hanno potuto utilizzare quasi a loro piacimento i poteri discendenti dal dettato costituzionale tanto da riuscire ad accrescere il loro ruolo di "capo", relegando in second'ordine i poteri di tipo "presidenziale", generando un forte contrasto tra organi, soprattutto con il Parlamento e con lo stesso Presidente della Repubblica.

5. I rapporti tra lo *Uachtarán* e il *Taoiseach*

L'analisi sulle funzioni dello *Uachtarán* e del *Taoiseach* esposta nei paragrafi precedenti porta a ritenere che i rapporti tra questi due organi costituzionali non siano sempre distesi. Difatti, se da un lato il Presidente della Repubblica, avendo pochissimi poteri decisionali, è un profilo che dovrebbe stare "al di sopra della politica", dall'altro il *Taoiseach* rappresenta l'elemento "operativo" del "potere politico" ed esecutivo, il quale gli è attribuito direttamente dalla Costituzione. Il Primo Ministro, infatti, pur avendo il potenziale costituzionale per controllare l'intero processo decisionale, deve scontrarsi non solo con l'autorevolezza del Presidente ma deve guardarsi anche dalle continue richieste popolari, dai rapporti interni al partito che egli rappresenta e dalle attività relazionali legate agli affari interni del governo. In altri termini, il *Taoiseach* agisce sia come leader di partito sia come "amministratore delegato" dell'esecutivo irlandese poiché ha la responsabilità politica e costituzionale di far quadrare i conti e risanare la finanza pubblica. A confermare tale tesi vi sono numerosi costituzionalisti irlandesi, tra cui Casey, il quale sostiene che l'attribuzione allo *Uachtarán* soltanto di poteri limitati e discrezionali, lo renderebbe un semplice garante dello «schema costituzionale di base»[48], senza alcun potere decisionale che, in estrema sintesi, metterebbe in discussione la stessa forma semipresidenziale del Paese.

Nell'ultimo trentennio, però, qualcosa è cambiato; soprattutto all'indomani dell'insediamento ad *Áras*[49] della Presidente Mary Robinson. A tal proposito, la dottrina è concorde nell'affermare che il ruolo del Presidente della Repubblica sia stato fortemente accresciuto dal suo protagonismo e dalla sua spiccata autorevolezza. Sul punto, particolarmente rilevante è ciò che è stato sostenuto da Doyle, secondo il quale la Presidente Robinson ha dato una lettura molto più espansiva dei suoi poteri tanto da rendersi protagonista nei dibattiti legati a diverse problematiche sociali tra cui si ricorda, a titolo esemplificativo, la pace in Irlanda del Nord e le condizioni in cui versano le classi sociali meno abbienti, senza chiedere mai l'autorizzazione ad esprimere queste posizioni al Governo, eccezion fatta per i discorsi formali[50]. Per via di tale comportamento, anche i suoi successori – ivi compreso l'attuale Presidente Michael D. Higgins – hanno sempre usato questo metro di giud-

[46] Ibidem.
[47] Ibidem.
[48] J. Casey, *op. cit.*, p. 92. Sul punto, v. anche J. Coakley, *An Ambiguous Office? The Position of Head of State in the Irish Constitution*, in *Irish Jurist*, vol. 48, n. 43, 2012, p. 53 e ss.
[49] Residenza ufficiale del Presidente della Repubblica.
[50] O. Doyle, *The Constitution of Ireland: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2018, cap. 4.

izio, fino a spingersi nel 2011 all'esplicita dichiarazione avanzata dall'attuale Presidente della Repubblica secondo cui la sua sarebbe stata una Presidenza di trasformazione poiché avrebbe politicamente spinto, dall'alto della sua posizione, agli investimenti economici su tutto il territorio nazionale[51].

Tale presa di posizione, acuita ulteriormente nel 2018, ha fatto in modo che la dottrina rivalutasse al rialzo il protagonismo della Presidenza della Repubblica, sostenendo che grazie a questo interventismo l'accento sui dibattiti sociali sarebbe stato maggiore[52]. Per quanto ciò sia vero, non va dimenticato che la Costituzione irlandese attribuisce allo *Uachtarán* un ruolo pressoché cerimoniale, mantenendolo come una figura debole e non certo in grado di influenzare la politica nazionale. Tuttavia, la situazione è un po' più complessa di quella delineata all'interno del dettato costituzionale poiché, per avere un quadro completo della situazione, non si può non notare che la c.d. "Costituzione materiale", nel senso mortatiano dell'accezione[53], tende palesemente verso una conclusione opposta poiché è evidente che esista una sottile evoluzione del ruolo del Presidente, agevolato anche dalla sempre maggiore frammentarietà del panorama politico nazionale.

In questo senso, il ruolo del Presidente della Repubblica sta assumendo una veste diversa poiché esercita sempre di più i c.d. «*soft power*»[54] attraverso l'espressione di proprie opinioni che influenzano, inevitabilmente l'operato del *Taoiseach* e del *Cabinet* irlandese. Il Presidente, infatti, operando una sorta di controllo informale delle azioni del Governo (anche se probabilmente non interferisce formalmente con esso), rafforza le sue prerogative di controllo e di garanzia degli equilibri dell'ordinamento[55]. A sostenere tale ipotesi, tra l'altro, vi è anche l'art. 28.1.2. Cost. EIRE che impone al *Taoiseach* di tenere il Presidente «generalmente informato sulle questioni di politica interna e internazionale». In qualche modo questo implica che la Costituzione non prevede un Presidente meramente passivo che subisce, senza discussioni, le decisioni del suo Primo ministro. Al massimo, da questo punto di vista, è più condivisibile uno scenario dove il Presidente della Repubblica e il *Taoiseach* intrattengono tra loro rapporti, anche informali, nei quali dialogano dei temi più importanti per la vita pubblica irlandese e arrivano allo "scontro" solo se si trovano in due posizioni inconciliabili.

6. Conclusioni e spunti di riflessione

In definitiva, l'aumento dell'influenza esercitata dallo *Uachtarán* nell'ultimo trentennio ha riacceso notevolmente il dibattito sulla forma di governo irlandese il quale, allo stato attuale, è addirittura rinvigorito dall'imminente scelta che saranno chiamati a fare gli Irlandesi quando, a fine 2025, dovranno eleggere il successore di Michael D. Higgins colui che,

[51] Come si evince dal discorso d'insediamento del Presidente Michael D Higgins datato 11 novembre 2011, consultabile in https://www.rte.ie/news/special-reports/2011/1111/308589-higgins_speech/.
[52] O. Doyle, *op. cit.*, *passim*.
[53] C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940 (ristampa del 1998).
[54] M. Gallagher, *The Political Role of the President of Ireland*, in *Irish Political Studies*, vol. 27, n. 4, 2012, pp. 522-538.
[55] D. Ferri, F. Ryan, *Revisiting the Debate on Irish "Semi-Presidentialism": Tradition or Evolution*, in *DPCE Online*, vol. 57, n. 1, 2023, p. 1060 e ss.

come si è provato ad accennare *supra*, ha rivoluzionato le consuetudini costituzionali inerenti la figura dello *Uachtarán*.

Si parla di consuetudini e non di "forzature" costituzionali poiché la concezione che il Presidente della Repubblica dovesse assumere un ruolo neutrale, comportandosi come un giudice, non è prevista esplicitamente in Costituzione, ma è figlia di una lettura – costituzionalmente accettata – in cui egli assume un ruolo *super partes*. Questo assunto, però, si scontra con il fatto che il Presidente della Repubblica ottiene un mandato popolare molto forte rendendo quasi utopica una sua "passività" nell'accettare tutte le vicende politiche che si svolgono in Irlanda. Per tali motivi, così come accade per il *Taoiseach*, appare più condivisibile l'idea che l'interpretazione del ruolo di *Uachtarán* dipenda non solo dalle (poche) imposizioni costituzionali, quanto piuttosto dalla sensibilità personale di ogni singolo individuo che ricopre tale carica. Anche perché, con un mandato popolare di tale portata, quale sarebbe il senso di non potersi esprimere sulle decisioni governative?

Di conseguenza, sembra evidente che la classificazione della forma di governo irlandese sia sempre più complessa, anche considerando quanto sia cambiato l'interventismo presidenziale nella vita pubblica dell'EIRE. Volendo comunque provare a dare una definizione di questa forma di governo si potrebbe dire, come già sostenuto da Duverger, che l'Irlanda sia un semipresidenzialismo «apparente» o anche un «semipresidenzialismo a due teste»[56]. Questo perché, in qualche modo, al vertice dell'ordinamento irlandese risultano due figure monocratiche, lo *Uachtarán* e il *Taoiseach*, con la differenza che, almeno formalmente, il primo fa parte del potere legislativo e non ha poteri di sorta mentre il secondo, invece, è il *dominus* dell'indirizzo politico e del potere esecutivo.

Sposando questa lettura, servirebbe forse una revisione costituzionale in un senso più prettamente parlamentarista o più vicina al presidenzialismo puro, in modo da appiattire le problematiche di cui si è provato ad argomentare. Va detto, però, che una modifica costituzionale non sembra percorribile soprattutto per chi vorrebbe trasformare la forma di governo irlandese in un presidenzialismo in cui lo *Uachtarán* coincida con il *Taoiseach*. Questo perché la situazione attuale è molto simile al contesto del 1996 quando erano in auge le discussioni sul c.d. *Constitution Review Group* con il quale si erano messi in dubbio alcuni poteri presidenziali[57]. Più che altro, oggi come allora, vista la flebilità del dibattito sulle modifiche dell'assetto dei rapporti tra Presidente della Repubblica e Primo ministro, sembra che esso si sia riacceso unicamente perché si è prossimi alle elezioni presidenziali, facendo trasparire l'idea che tali richieste di modifiche costituzionali siano un po' fini a sé stesse.

In ogni caso, ciò che emerge con chiarezza è che negli ultimi decenni, i Presidenti hanno rafforzato soltanto il loro ruolo informale nel parlare di questioni politiche pur non essendo specificamente coinvolti in tali dinamiche, comportando in qualche modo un contrappeso discorsivo al potere del Governo che rimane preminente nell'esercizio del potere esecutivo. Per questi motivi non pare utile alcuna revisione costituzionale né in senso presidenzialista né in senso parlamentarista, visto che le peculiarità ordinamentali irlandesi,

[56] Il concetto espresso da Maurice Duverger è ripreso in S. Ceccanti, O. Massari, G. Pasquino, *Semipresidenzialismo. Analisi delle esperienze europee*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 9 e ss.
[57] Il riferimento è all'eliminazione del potere di rifiuto di sciogliere il *Dáil* in determinate circostanze.

per quanto uniche, mantengono un equilibrio di poteri che garantisce sia le istanze presidenziali che quelle dell'esecutivo.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-458

costituzionalismo britannico e irlandese

Osservatorio irlandese

Le University Constituencies L'unicum irlandese in prospettiva storica e comparata

Emanuele Gabriele
Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, Sapienza Università di Roma

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Le University Constituencies L'unicum irlandese in prospettiva storica e comparata**

di Emanuele Gabriele*

Abstract (Ita): Scopo di questo studio è quello di operare una disamina, in chiave diacronica e comparata, della natura e delle caratteristiche delle university constituencies, sia nel loro ordinamento d'origine (quello inglese), sia in quelli che hanno ereditato la stessa tipologia di distretto elettorale. Dopo aver individuato la natura dell'istituto (e averne specificato i caratteri che lo distinguono da esempi analoghi ma non assimilabili in altri sistemi giuridici), si procederà a esaminarne lo sviluppo storico in Gran Bretagna e nel resto dell'Impero (nelle Tredici colonie nordamericane, in Canada, in Australasia e nel Mediterraneo inglese), concentrandosi però, in particolare, sugli unici ordinamenti che ancora adottano tale circoscrizione, quelli indiano e irlandese. Si analizzerà poi quest'ultimo, individuando i numerosi tentativi e proposte di riforma susseguitisi nel corso dei decenni. Infine, si esaminerà la recente novella legislativa del 2024, e si identificheranno i motivi per cui tale circoscrizione elettorale è ancora considerata, da Dublino, un valido strumento nella scelta dei rappresentanti nell'assemblea legislativa, in quella che può considerarsi una forma vera e propria di (quasi)epistocrazia.

Abstract (Eng): The aim of this research is to examine, from a diachronic and comparative law perspective, the nature and characteristics of university constituencies, both in their system of origin (the English one) and in those that have inherited the same form of electoral district. Having identified the nature of the instrument (and specified the features that distinguish it from similar but non-comparable examples in other countries), the historical development in Great Britain and the rest of the Empire (in the Thirteen North American Colonies, Canada, Australasia and the English Mediterranean) will be examined, focusing, however, on the only systems that still maintain this constituency, the Indian and Irish ones. The latter will then be analysed, highlighting the numerous attempts and proposals for reform that have followed over the decades. Finally, the recent legislative revision of 2024 will be examined, as well as the reasons why this constituency is still considered by Dublin as a valid tool in the choice of representatives in the legislature, in something that can be considered a form of a quasi-epistocracy.

Parole chiave: sistema elettorale irlandese; circoscrizioni elettorali universitarie; trapianti giuridici

Keywords: Irish electoral system; university constituencies; legal transplants

Sommario: 1. La delimitazione tassonomica e obiettivi del contributo; 2. Le circoscrizioni elettorali universitarie come prodotto della cultura giuridica inglese e la loro esportazione imperiale; 3. Genesi e declino delle university constituencies nel Regno Unito; 4. I trapianti giuridici imperiali e l'esportazione del modello; 5. Il trapianto legale dell'istituto nell'ordinamento indiano; 6. La perdurante applicazione dell'istituto in Irlanda; 7. Considerazioni conclusive

1. La delimitazione tassonomica e obiettivi del contributo

Oggetto del presente contributo sono le *university constituencies*, ossia quella particolare tipologia di distretto elettorale, che individua la condizione per far parte dell'elettorato attivo nella titolarità di un diploma conseguito in un istituto di istruzione superiore riconosciuto. Tale tipologia di circoscrizione eccettua, dunque, il requisito della territorialità – del resto non l'unico, sebbene di gran lunga il principale, a definire il carattere del "collegio elettorale"[1] –, e riconduce a unità elettori altrimenti eterogenei, ma legati dall'appartenenza

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale, Sapienza Università di Roma

[1] Cfr. A. Rehfeld, *The Concept of Constituency. Political Representation, Democratic Legitimacy, and Institutional Design*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 36-37, e G. Kuca, *Electoral Districts*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2019, Online, par. 1.

alla stessa *alma mater*, permettendo a questa di esprimere una propria rappresentanza all'interno dell'assemblea legislativa elettiva.
La circoscrizione universitaria afferirebbe, dunque, non tanto alla concezione che vede il collegio come semplice "ripartizione", quanto a quella che lo intende come "collettività"[2], soggettivizzandone i caratteri col fine di dare al termine valore di espressione rappresentativa della scelta elettorale di un gruppo di individui, piuttosto che figurarlo come asettico contenitore territoriale convogliante i suffragi espressi in una data sezione spaziale.
L'individuazione dei caratteri della *university constituency*, e dunque la sua collocazione tassonomica all'interno del *genus* "collegio elettorale", è operazione preliminare all'analisi che ci si prefigge, e dunque alla corretta comprensione dell'istituto. Del resto, se è vero che «*[c]ategorization is the very process of reasoning itself*»[3], è vero pure che la sistematizzazione tipologica rappresenta ancora «uno dei risultati più alti della comparazione, in quanto esprime [...] l'aspirazione alla piena conoscenza e alla ordinata catalogazione dell'universo giuridico»[4].
Dunque, volendo anzitutto bipartire il significato del *genus* sulla base del suo essere "ripartizione" ovvero "collettività", la prima differenza che si riscontra è quella tra collegi elettorali intesi come «aree territoriali all'interno delle quali le preferenze degli elettori vengono raccolte e trasformate in seggi»[5], oppure come raggruppamenti di individui aventi alcune caratteristiche comuni, che prescindono dalla residenza in un determinato confine spaziale. In questa seconda categoria, evidentemente residuale, possono ricomprendersi diverse tipologie di distretti elettorali, a seconda che essi si basino su presupposti: *a)* di reddito o di casta, *b)* di appartenenza etnica o religiosa ovvero siano *c)* descrittivi di una certa condizione professionale o corporativa[6].
Evidentemente, è a quest'ultimo sottogruppo che viene a ricomprendersi la *university constituency*, la quale assume, però, alcune caratteristiche che la differenziano ulteriormente dalla rappresentanza corporativa classicamente intesa.
Anzitutto, infatti, la circoscrizione elettorale universitaria possiede, alla base della sua costituzione, assunti teorici diversi rispetto alla necessità di rappresentazione delle istanze di una determinata classe professionale (sebbene storicamente abbia pure svolto tale funzione). Tali presupposti afferiscono per lo più alla possibilità di far partecipare, al dibattito assembleare, le personalità provenienti dall'ambiente accademico, nella convinzione che esse possano contribuire positivamente alla formazione del diritto nazionale, in quella che diviene una vera e propria visione epistocratica della democrazia rappresentativa. Visione

[2] Cfr. F. Lanchester, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 89.
[3] S.L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago, University of Chicago Press, 2001, p. 70, citato in S. Baldin, *The Fuzzy Logic and the Fuzzy Approach: A Comparative Law Perspective*, in *Poliarchie*, n. 5, 2015, pp. 3-22, 7.
[4] G.F. Ferrari, *«Civil law» e «common law»: aspetti pubblicistici*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato. Tomo II*, Roma-Bari, Laterza, 2014, pp. 775-803, 777.
[5] F. Lanchester, *op. cit.*, p. 89.
[6] Cfr. A. Rehfeld, *op. cit.*, pp. 37-38. Sul punto si v. pure A. Reynolds, *Reserved Seats in National Legislatures: A Research Note Source*, in *Legislative Studies Quarterly*, vol. 30, n. 2, 2005, pp. 301-310.

che presuppone anche la possibilità che all'elettorato attivo sia riconosciuto il voto plurimo, potendosi esso esprimere tanto nelle circoscrizioni territoriali quanto in quella universitaria di appartenenza, ovvero (ma ciò avviene solo in alcuni casi), in tutti i distretti accademici in cui l'elettore sia registrato[7].

In seconda battuta, le *university constituencies*, a differenza di quanto avviene nei distretti di tipo corporativo, non raggruppano gli elettori sulla base dell'appartenenza a un determinato settore professionale, ma su quella dell'acquisizione di un titolo di studio in un istituto accademico riconosciuto dall'ordinamento. Infatti, sebbene storicamente esse nascano come rappresentanza dei membri delle università (come si avrà modo di vedere nel prosieguo del discorso), e dunque su base corporativa, il loro successivo sviluppo permetterà la ricomprensione, all'interno dell'elettorato attivo, di tutti i laureati dell'istituto coincidente con il collegio, ed è su questa condizione che esse oggi operano. In questo senso, le *constituencies* non sono (di nuovo) circoscrizioni rappresentative degli interessi di una specifica categoria sociale o lavorativa, ma espressione *tout court* degli strati maggiormente istruiti della società civile, assumendo dunque una diversa natura giustificativa nell'ambito del processo elettorale. Non è casuale, del resto, che nell'unico ordinamento che ancora adotta tale istituto a livello nazionale, quello irlandese, i seggi riservati alle università abbiano una propria autonomia (procedurale, oltre che a livello di disposizioni costituzionali) rispetto a quelli, pure esistenti, espressione della rappresentanza corporativa (i cosiddetti *vocational panels*).

Considerando queste caratteristiche, e secondo la tassonomia che si tenta qui di proporre, non sembrano dunque assimilabili alle *university constituencies* quelle circoscrizioni elettorali di tipo universitario che assumono carattere corporativo, ossia che riconoscono il diritto di elettorato attivo ai soli membri dell'istituzione accademica, e non anche ai suoi laureati. Questi esempi vengono in rilievo, in questo lavoro, anzitutto dal punto di vista storico, come tappe verso l'affermazione di una compiuta rappresentanza universitaria all'interno delle assemblee elettive, e come esempio di trapianto giuridico nell'ambito dell'Impero britannico.

È, infatti, proprio all'interno della tradizione inglese che deve essere tracciato il solco della rappresentanza universitaria, la quale, pur essendo applicata anche in ordinamenti di altre tradizioni giuridiche (ma la prassi sembra essere piuttosto esigua[8]), trova nei sistemi storic-

[7] Cfr. M. Tight, *Should the More Highly Educated Get More Votes? Education, Voting and Representation*, in *British Journal of Educational Studies*, vol. 72, n. 2, 2024, pp. 219-234.

[8] Si ricordano, ad esempio, il caso bavarese e quello ruandese. In particolare, l'articolo 35 della Costituzione della Baviera del 1946 prevedeva un Senato di rappresentanza corporativa (abolito con referendum nel 1998), in cui tre dei 60 membri erano espressione del settore accademico. In Ruanda, ai sensi dell'articolo 80 della Costituzione del 2003, due dei 26 membri del Senato nazionale sono scelti dai membri degli istituti universitari pubblici e privati.

amente influenzati da quello britannico una sua unitarietà e omogeneità, risultando il frutto di un'unica linea di azione giuridica, per altro poco indagata dalla dottrina[9].
Scopo del presente studio è, dunque, quello di operare una disamina, in chiave diacronica e comparata, della natura e delle caratteristiche delle *university constituencies* – intese nel senso più su richiamato –, sia nel loro ordinamento d'origine (quello inglese), sia in quelli che hanno ereditato la stessa tipologia di distretto elettorale come risultato di quegli innesti giuridici, tanto caratterizzanti il sistema imperiale britannico. Questo tipo di analisi vuole infine condurre a esaminare il caso irlandese, che è ormai, come si è anticipato, un *unicum* giuridico – essendo il solo ordinamento in cui una parte dei membri del Parlamento nazionale, e in particolare sei dei sessanta componenti il *Seanad*, la Camera alta di Dublino, sono selezionati attraverso questo particolare tipo di distretto elettorale. L'ordinamento irlandese si è arricchito, nel 2024, di una novella legislativa che ha comportato un ampliamento dell'elettorato attivo, rendendo l'analisi dell'istituto particolarmente interessante, poiché permette di scorgere come esso sia considerato, ancora oggi, un valido strumento nella scelta dei parlamentari, piuttosto che un relitto anacronistico di metodi rappresentativi obsoleti.

2. Le circoscrizioni elettorali universitarie come prodotto della cultura giuridica inglese e la loro esportazione imperiale

La rappresentanza universitaria, come si è detto, ha assunto una veste durevole, e dunque qualificante, all'interno dell'architettura giuridica britannica, avendo caratterizzato la composizione dell'assemblea parlamentare elettiva, la *House of Commons*, per quasi tre secoli e mezzo, e superando (più o meno) indenne tentativi assolutistici, rivoluzioni, restaurazioni, allargamenti dell'elettorato e, più in generale, la continua evoluzione della forma di Stato e di governo dell'ordinamento.
Nel corso di questa parabola temporale, il ruolo della *university constituency* si è adattato alla mutazione delle circostanze, man mano che le istituzioni accademiche si trasformavano da seminari clericali a centri secolarizzati di istruzione superiore; mentre le stesse strutture ordinamentali evolvevano dall'assolutismo reale alla monarchia costituzionale e parlamentare, fino alla democrazia di massa; e intanto che l'Inghilterra acquisiva prima un'egemonia regionale e poi, infine, un afflato imperiale.

[9] Il principale studio in materia è quello corrispondente al numero speciale (vol. 30, n. 1) di *Parliamentary History* del 2011, condotto da J.S. Meisel (il numero monografico è edito col titolo *Knowledge and Power. The Parliamentary Representation of Universities in Britain and the Empire*). Il lavoro è una rielaborazione ed estensione di quanto già espresso in J.S. Meisel, *A Magnificent Fungus on the Political Tree: The Growth of University Representation in the United Kingdom, 1832-1950*, in *History of Universities*, vol. 23, n. 1, 2008, pp. 109-86. Prima di Meisel pochi, e limitati a determinati periodi storici (oltre che analizzanti soltanto il caso britannico), i contributi in tema. In particolare, si segnalano: E. Porritt, *Barriers against Democracy in the British Electoral System*, in *Political Science Quarterly*, vol. 26, n. 1, 1911, pp. 1-31, che svolge una breve disamina dalle origini agli esordi del XX Secolo; T. Lloyd Humberstone, *University Representation I*, *II* e *III*, rispettivamente nei fascicoli di *Parliamentary Affairs* n. 1, 1947, pp. 67-82; n. 2, 1948, pp. 78-93 e n. 4, 1948, pp. 78-88, che fornisce una rassegna cronachistica dell'istituto, e M.B. Rex, *University Representation in England, 1604-1690*, London, Allen & Unwin, 1954, che invece si occupa delle circoscrizioni universitarie limitatamente al loro primo secolo di vita.

A quest'ultimo proposito, è da sottolineare come l'espansione della potenza inglese (e poi britannica) abbia pure comportato un tentativo di esportazione dei distretti elettorali universitari, tanto negli ordinamenti vassalli (l'Isola d'Irlanda), quanto in quelli coloniali (Nordamerica, Australasia, India), quanto, infine, nei territori che, per diversi motivi, sono stati influenzati dal costituzionalismo d'Oltremanica (Mediterraneo inglese).
Sebbene non sempre tali tentativi abbiano avuto esiti felici negli ordinamenti di innesto, essi rappresentano un'importante espressione di quell'imperialismo giuridico che tanto ha caratterizzato la potenza britannica, e ha permesso, più in generale, l'esportazione del modello Westminster (o di sue derivazioni più o meno spurie) nei diversi continenti[10].
In tal senso, il rendiconto della diffusione globale della rappresentanza universitaria – che non a caso è stata definita un "fenomeno trans-imperiale"[11] – sembra offrire una prospettiva interessante sulla trasmissione e l'adattamento delle idee politico-costituzionali all'interno del paesaggio coloniale, permettendo così di scorgere, nelle *university constituencies* (e all'interno di uno studio necessariamente diacronico), non tanto il sintomo di una «*insular British peculiarity*»[12], oppure di un «*anachronistic survival of England's* ancien régime *constitution*»[13], quanto il prisma attraverso cui scorgere come, nella contemporaneità costituzionale, i tratti apparentemente originali di specifici ordinamenti, altro non siano che precipitati storici dell'appartenenza a una stessa struttura istituzionale imperiale.
È proprio per tale ragione che, nel presente studio, l'analisi dei due sistemi ancora adottanti lo strumento della circoscrizione universitaria (quelli indiano e irlandese, ma solo quest'ultimo a livello nazionale) deve di necessità essere preceduta dall'esame degli sviluppi storici dell'istituto, col fine di comprendere non soltanto i suoi caratteri originari all'interno della realtà giuridica inglese, ma pure come questi si siano evoluti e, infine, adattati ai diversi sistemi di esportazione. Del resto, se è vero che «*history involves comparison*»[14] è vero pure il suo contrario, in particolare per la comparazione giuridica[15]. Ciò comporta che l'adozione di un metodo di tipo diacronico può aiutare «ad allargarne gli orizzonti, rafforzare il policentrismo dell'oggetto, comporne la frammentazione in un disegno complessivo, conciliare la dimensione globale con quella locale, accrescere la sensibilità per

[10] Sul tema, della vasta bibliografia, sia qui sufficiente citare A. Harding, *The 'Westminster Model' Constitution Overseas: Transplantation, Adaptation and Development in Commonwealth States*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 4, n. 2, 2004, pp. 143-166.
[11] J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 85.
[12] *Ibid.*, p. 6.
[13] *Ibid.*, p. 3.
[14] F.W. Maitland, *Why the History of English Law is not Written*, in H.A.L. Fisher (ed.), *The Collected Papers of William Maitland*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, p. 488.
[15] Cfr. G. Gorla, *Il contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1955, prefazione. Sullo stesso punto Id., *Diritto comparato*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 928-946, spec. 928-930 e 940.

fattori pre-giuridici»[16]. E a constatare, infine, come «i dati giuridici particolari sottoposti ad unificazione [abbiano] un'evoluzione comune»[17].

Tutto ciò premesso, e volendo inquadrare il prosieguo dell'esame, i prossimi paragrafi saranno dedicati all'indagine diacronica delle *university constituencies* nel loro ordinamento di estrazione, quello inglese, e in quelli dove tale istituto è stato (con alterne vicende ed esiti) introdotto. Dopo questa disamina si procederà poi ad indagare il caso indiano, dove tale distretto elettorale sopravvive a livello statale ma non anche nazionale, e quello irlandese, dove invece esso ancora possiede, come si è visto, un'importanza non secondaria nella scelta degli eletti alla Camera alta di Dublino.

3. Genesi e declino delle *university constituencies* nel Regno Unito

La primigenia applicazione (oltre che la più duratura, dopo quella che ha riguardato l'Irlanda) dei distretti elettorali universitari si è avuta, dunque, nell'ordinamento inglese. La traiettoria parabolica disegnata dallo sviluppo dell'istituto individua la sua origine agli inizi del XVII Secolo, il suo vertice di massimo sviluppo nei primi decenni del XX, e la sua fine nel 1950, anno delle prime elezioni in cui le università britanniche si vedevano private della propria rappresentanza a Westminster.

I prossimi paragrafi tenteranno di passare in rassegna le principali caratteristiche di questo sviluppo storico, individuando la *ratio* di questo particolare collegio elettorale, gli attributi delle *university constituencies* nei loro primi secoli di funzionamento, l'espansione del *franchise* accademico a partire dalla prima metà del XIX Secolo, e infine i motivi che hanno portato allo smantellamento dell'istituto nel Secondo dopoguerra.

3.1 La nascita e gli sviluppi dei distretti elettorali universitari tra Seicento e Settecento

Forme archetipiche di partecipazione delle università inglesi ai lavori del Parlamento di Westminster si rinvengono già in epoca medievale, quando, durante il regno di Edoardo I (1272-1307), membri delle università di Oxford e Cambridge – gli unici istituti su suolo inglese fino al 1826 – erano convocati dal sovrano come esperti con funzioni consultive nei confronti della Corona (e non, dunque, come veri e propri rappresentanti delle accademie di provenienza)[18].

A partire dagli anni Settanta del XVI Secolo venivano avanzate, dai membri delle due università, diverse petizioni a Elisabetta I, perché concedesse una rappresentanza agli istituti. Il primo *appeal*, indirizzato alla monarca Tudor da Cambridge, data al 1566[19], e pri-

[16] G.F. Ferrari, *Comparazione e storia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2021, pp. 281-299, 292.
[17] M. Brutti, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in M. Brutti, A. Somma (eds.), *Diritto, storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 49-80, 61.
[18] Cfr. T. Lloyd Humberstone, *University Representation I*, cit., pp. 67-68.
[19] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 11.
[20] Cfr. E. Porritt, *Barriers against Democracy*, cit., p. 9.

hieste venivano giustificate dall'impossibilità, per le università, di rispondere adeguatamente alla legislazione approvata dal Parlamento, e in contrasto con i propri interessi[21], ma si spiegano anche con il generale incremento di prerogative che i *Commons* conobbero durante l'epoca elisabettiana, e il conseguente desiderio degli istituti accademici di prendervi parte[22].

È, però, soltanto con l'ascensione al trono di Giacomo I, nel 1603, che alle due università di Oxford e Cambridge veniva concessa la possibilità di eleggere membri alla Camera dei Comuni, anzitutto su impulso del *Secretary of State* Robert Cecil, e dell'*Attorney-General* Edward Coke, entrambi cantabrigensi di formazione[23].

Le lettere patenti con le quali il sovrano Stuart riconosceva tale prerogativa – ciascun istituto avrebbe eletto due parlamentari, e l'elettorato attivo sarebbe stato composto dai "*chancellor, masters and scholars*", ossia dal personale delle due università – sono particolarmente esplicative dei motivi per cui veniva concessa la rappresentanza. Tra gli altri, e in particolare, nelle *patent letters* di Oxford[24] si faceva riferimento all'abbondanza in «*multitude of men endowed with wisdom doctrine and integrity, for the common good both of the whole commonwealth and of the university*»[25], sposandosi, sostanzialmente, una visione epistocratica della rappresentanza, tale per cui, come ebbe a scrivere il Blackstone, il riconoscimento del *franchise* universitario serviva «*for those students who, though useful members of the community, were neither concerned in the landed nor the trading interest; and to protect in the legislature the rights of the republic of letters*»[26], garantendo che i rappresentanti degli accademici apportassero «*learned contributions to discussion of the nation's affairs*»[27].

Una volta introdotte nell'ordinamento, le circoscrizioni universitarie avrebbero conosciuto una durabilità particolarmente tenace, che doveva costituire il tenore generale della rappresentanza accademica anche durante i periodi particolarmente delicati del *Commonwealth* cromwelliano, e ciò avveniva nonostante esse fossero geneticamente espressione del realismo Stuart. Infatti, dopo una breve parentesi, all'interno del *Barebone's Parliament* del luglio-dicembre 1653 (interamente nominato da Cromwell), in cui la rappresentanza delle università veniva momentaneamente eliminata, i distretti accademici venivano restaurati dallo stesso *Instrument of Government*, espressione massima dell'esperimento repubblicano, che, all'articolo X, garantiva a ciascuna università la capacità di eleggere un membro al Parlamento di Londra. Alla restaurazione della dinastia stuartiana, infine, doveva corrispondere pure quella della piena operatività delle *university constituencies*, che vedevano nuovamente riconoscersi l'elezione di due membri ciascuna.

---

[21] *Ibidem.*
[22] Cfr. D. Dean, *Elizabethan Government and Politics*, in R. Tittler, N. Jones (eds.), *A Companion to Tudor Britain*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell, 2004, pp. 44-60, 48-50.
[23] Cfr. T. Lloyd Humberstone, *University Representation I*, cit., p. 69.
[24] Le lettere patenti sono tradotte in inglese moderno in *Ibid.*, pp. 79-82.
[25] *Ibid.*, p. 79.
[26] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. I, Philadelphia, J.B. Lippincott Company, 1893, p. 175.
[27] J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 12.

Il principale motivo della resistenza dei distretti elettorali accademici alle turbolenze politico-istituzionali del XVII Secolo sembra doversi ascrivere, anzitutto, alla capacità dei rappresentanti delle università di dimostrarsi fedeli assertori della fazione politica al potere. Durante tutti i mutamenti di regime, dall'ascesa assolutistica degli Stuart, attraverso l'Interregno e la restaurazione, fino alla Gloriosa Rivoluzione, il tenore politico della rappresentanza universitaria tendeva a muoversi nelle stesse direzioni delle correnti generali della politica, assumendo molto raramente posizioni estreme. In larga misura, questo fluire manifestava la natura delle università come braccio culturale della Chiesa anglicana – i cui prelati erano in gran parte provenienti dagli istituti di Oxford e Cambridge, sebbene la maggioranza dei rappresentanti accademici a Westminster fossero poi, in effetti, *lawyers*[28]. E, del resto, questa tendenza era pure la manifestazione di un *modus* di svolgere le elezioni tutto incardinato sull'influenza (più o meno esplicita) esercitata dal rettore e dal suo vice, costantemente espressioni del potere politico contingente, in quanto nominati dall'esecutivo[29].

Questo stato di cose doveva parzialmente mutare durante il XVIII Secolo. A seguito della *Glorious Revolution*, infatti, Oxford e Cambridge iniziavano a inviare al Parlamento di Londra personalità affini a fazioni politiche opposte, con la prima più incline a esprimere una rappresentanza conservatrice – al punto che candidati Whig raramente concorrevano alle elezioni per questa circoscrizione, permettendo al delegato Tory di vedersi garantito un posto a Westminster anche per molti anni –, e la seconda, pur in un contesto elettorale più fluido, propenso a garantire una delega alla forza politica liberale – e non a caso Isaac Newton veniva eletto a Cambridge per due mandati, nel 1689-90 e ancora nel 1701[30].

In generale, gli sviluppi del XVIII Secolo permettono di scorgere, nella rappresentanza universitaria, una più ampia autonomia rispetto a quella mostrata nei decenni precedenti, e dunque una maggiore indipendenza nel contributo che le due circoscrizioni hanno apportato al dibattito legislativo nazionale, traslando questa tipologia di distretti elettorali da espressione del potere politico contingente a manifestazione vera e propria di analisi critica nei confronti del Governo in carica.

3.2 Fioritura e declino dell'istituto tra XIX e XX Secolo

Tra il 1800 e il 1928 le circoscrizioni elettorali universitarie aumentavano in numero e raggiungevano le nove unità nel 1918 (per poi ridursi a sette a seguito della nascita dello Stato libero d'Irlanda nel 1922), per un totale di quindici membri eletti alla Camera dei Comuni (dodici dopo il 1922). Contemporaneamente, le riforme elettorali susseguitesi tra il XIX e il XX Secolo incrementavano il numero di cittadini titolari dell'elettorato attivo, facendo sì che i distretti accademici diventassero un importante metodo di allocazione dei seggi alla Camera bassa di Westminster – i *Members of Parliament* eletti nelle circoscrizioni

[28] Cfr. *Ibid.*, p. 22.
[29] Cfr. *Ibid.*, p. 13.
[30] Un elenco dei rappresentanti delle circoscrizioni elettorali universitarie inglesi (e poi britanniche) si trova in *Ibid.*, pp. 157-164.

universitarie erano lo 0,8% del totale prima del 1832, ma il 2,1% nel 1918. Pur rappresentando un numero esiguo di membri del Parlamento, inoltre, la *ratio* eletti/elettori, e dunque il peso ponderato dei secondi, era assai maggiore nelle *university constituencies* rispetto a quelle territoriali, posto che alla scelta di un seggio concorrevano molte meno persone. Infine, gli elettori dei distretti accademici erano ulteriormente rafforzati dal fatto di poter votare tanto nella propria circoscrizione territoriale quanto in quella universitaria di appartenenza. La possibilità del voto plurimo, sebbene non una costante nella storia delle *university constituencies*, caratterizzerà sempre quelle britanniche, e sarà, non a caso, uno degli attributi maggiormente criticati del modello inglese prima del suo smantellamento nel 1948[31].

L'espansione del *franchise* universitario avveniva, a partire dall'Atto di Unione del 1800[32], con l'incorporazione di cento membri irlandesi al Parlamento di Westminster. Di questi, ai sensi dell'articolo 4 dell'*Act*, uno veniva scelto dall'esiguo elettorato composto dallo staff accademico del *Trinity College* di Dublino, che, in realtà, godeva già di due rappresentanti nel vecchio Parlamento irlandese[33].

Un secondo allargamento riguardante la medesima *constituency* si verificava per mezzo dell'articolo 11 del *Reform Act 1832*[34], che disponeva l'elezione di un secondo membro da parte dell'Università irlandese e, soprattutto, ne ampliava l'elettorato attivo (che passava dai soli 90 ai circa 2.000 aventi diritto[35]), permettendo l'esercizio del voto (*ex* articolo 60) anche ai maggiori di ventuno anni possessori di un «*Degree of Master of Arts, or any higher Degree, or a Scholarship or Fellowship in the said University*». L'importanza della novella legislativa è da rinvenirsi, per quanto riguarda le contingenze politiche dell'epoca, nella capacità di consentire il voto ai cattolici – che potevano ottenere un titolo al *Trinity College*, ma non potevano far parte del personale dell'università –, e dunque nel ridimensionamento del collegio universitario di Dublino come espressione del potere anglicano[36]. Per quanto invece concerne la storia delle *university constituencies*, la riforma del 1832 è la prima ad ampliare il *franchise* accademico anche ai possessori di un titolo ottenuto nell'istituzione coincidente col collegio elettorale, caratteristica che, nelle espressioni contemporanee dell'istituto (ossia negli ordinamenti indiano e irlandese), rimane attributo assolutamente basilare per definirlo.

Lo sviluppo diacronico dell'espansione del collegio elettorale universitario nel Regno Unito procedeva di pari passo, nel corso del Secolo, con l'istituzione dei nuovi istituti accademici, e coincideva con le riforme elettorali di ampliamento dell'elettorato che hanno caratterizzato la storia costituzionale nazionale.

---

[31] Cfr. *Ibid.*, pp. 54-56.
[32] 39 & 40 Geo. 3. c. 67.
[33] Sulla storia dei distretti universitari in Irlanda prima dell'affrancamento da Londra si v. *infra*, par. 6.1.
[34] 2 & 3 Will. 4. c. 45.
[35] N. Johnston, *The History of the Parliamentary Franchise. House of Commons Library Research Paper 13/14*, 1° marzo 2013, Online, p. 27.
[36] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., pp. 25-26.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la fioritura delle università secolari comportava pure un'accentuazione delle richieste, da parte dei nuovi istituti, di ottenere forme di rappresentanza simili a quelle già godute da Oxford, Cambridge e Dublino. Così, tra gli anni Trenta e gli anni Cinquanta, l'azione di lobbying delle classi dirigenziali universitarie si faceva particolarmente incalzante, e molti dei progetti di legge (poi naufragati) di ampliamento dell'elettorato attivo portati avanti in questi decenni contenevano disposizioni atte a garantire una degna rappresentanza ai nuovi istituti[37].

I primi pezzi di legislazione a disporre compiutamente in tale senso dovevano essere il *Second Reform Act 1867*[38] e il *Representation of the People Act (Scotland) Act 1868*[39]. Con il primo, veniva introdotta la circoscrizione elettorale per la *University of London* (articolo 25 della legge), fondata nel 1826, e federata con il *King's College London* a partire dal 1836. La capacità elettorale, ai sensi dell'articolo 26, veniva affidata a «*Every Man whose Name is for the Time being on the Register of Graduates constituting the Convocation of the University of London*», e al distretto veniva assegnato un rappresentante a Westminster.

La legislazione per la Scozia riconosceva, invece, due rappresentanti alle quattro istituzioni accademiche della nazione celtica, le quali, pur risalenti nel tempo (venivano fondate tutte tra il 1413 e il 1583), non avevano mai ottenuto di poter esercitare diritto di voto nel Parlamento unito dopo il 1707. L'articolo 9 del *Representation of the People Act (Scotland) Act 1868* attribuiva, così, un seggio alla circoscrizione congiunta delle università di Edimburgo e St. Andrews, e uno a quella degli istituti di Glasgow e Aberdeen. Il successivo articolo 27 riconosceva il diritto di voto non soltanto ai membri accademici delle istituzioni («[*t*]*he Chancellor, the Members of the University Court, and the Professors*»), ma pure ai membri del *General Council* di ciascuna università, ossia ai suoi laureati e agli studenti che avessero dimostrato di aver completato almeno quattro anni di studi presso l'istituto accademico, ampliando ulteriormente i titolari all'elettorato attivo.

Un analogo allargamento del *franchise* universitario non doveva ancora inglobare, invece, le altre due università inglesi, ossia quelle di Durham (fondata nel 1832) e Manchester (nel 1851, con il nome di *Owen's College*)[40], e neppure le nuove istituzioni accademiche irlandesi, i college di Belfast, Cork e Galway, fondati nel 1845 e federatisi cinque anni più tardi sotto il nome di *Queen's University of Ireland*[41].

In generale, comunque, le riforme degli anni Sessanta si ponevano nel solco di un dibattito accademico e culturale sul ruolo degli intellettuali nella vita pubblica nazionale, alimentato da quelle visioni epistocratiche già presenti, *in nuce*, agli esordi del *franchise* universitar-

[37] Sul punto cfr. *Ibid*., pp. 27-32.
[38] 30 & 31 Vict. c. 102.
[39] 31 & 32 Vict. c. 48.
[40] Sebbene in sede di dibattito parlamentare venne proposto l'accorpamento di Durham alla circoscrizione londinese, per cui si v. T. Lloyd Humberstone, *University Representation II*, cit., p. 80.
[41] Anche in questo caso, le proposte avanzate in sede di dibattito sull'*Irish Reform Bill* nel 1868 dovevano restare lettera morta. Sul punto J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 32.

io e difese nel XIX Secolo, tra gli altri, da Coleridge[42], Newman[43] e Mill[44], tutti fautori di teorie improntate a riconoscere agli strati più educati della società (quelli riconducibili all'idea di "*clerisy*" individuata dal Knights negli «*intellectuals as a distinct and socially beneficial group*»[45]) voti plurimi («*as a counterpoise to the numerical weight of the least educated class*»[46]) per garantire l'invio, in Parlamento, di personalità idonee a definire le politiche nazionali[47]. A questa visione vanno pure ascritti gli infruttuosi tentativi, promossi sempre dalla metà del Secolo, di garantire una rappresentanza a Westminster per le corporazioni professionali culturali (come la *Royal Society*, il *Royal College of Physicians*, il *Royal College of Surgeons* e la *Royal Academy of Arts*) e persino per le *Inns of Court*, considerate tradizionalmente come la "terza università" del Regno dopo Oxford e Cambridge[48].

Tornando allo sviluppo del *franchise* universitario, se le riforme elettorali del 1884-85 non avrebbero toccato la rappresentanza accademica – anzitutto come forma di compromesso tra i conservatori, che ne chiedevano l'implementazione e potevano contare sulla maggioranza dei seggi alla Camera dei Lord, e i liberali del secondo Governo Gladstone, che volevano invece una loro completa soppressione –, sarebbero state quelle del 1918 a permettere il raggiungimento dell'apice numerico alle *university constituencies* britanniche.

Tale risultato veniva raggiunto, ironicamente, dal Governo liberale di Lloyd George, che aveva definito i distretti elettorali universitari, solo pochi anni addietro, «*the greatest farce in the Constitution of Great Britain*»[49]. La vicenda si spiega considerando che la ristrutturazione della rappresentanza accademica, e in particolare una sua "democratizzazione" ed estensione anche ai numerosi istituti nati nel corso degli ultimi decenni[50], figurava tra le raccomandazioni contenute nel rapporto redatto dalla *Speaker's Conference on Electoral Reform*, convocata tra il 1916 e il 1917 con lo scopo di proporre una riorganizzazione in materia elett-

[42] S.T. Coleridge, *On the Constitution of Church and State* [1830], in J. Colmer (ed.), *The Collected Works of Samuel Taylor Coleridge*, vol. X, Princeton, Princeton University Press, 1976, spec. pp. 46-55.
[43] J.H. Newman, *The Idea of a University Defined and Illustrated* [1852], Oxford, Clarendon Press, 1976.
[44] J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* [1861], Oxford, Blackwell, 1948.
[45] B. Knights, *The Idea of the Clerisy in the Nineteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, p. 1.
[46] J.S. Mill, *Considerations on Representative Government*, cit., p. 219.
[47] Sul punto, in generale, si v. M. Tight, *op. cit.*, pp. 220-222.
[48] J.H. Baker, *The Third University: The Inns of Court and the Common-Law Tradition*, London, Selden Society, 1990.
[49] L'intervento si era tenuto a Bath il 24 novembre 1911; le parole sono citate nel *Times* del 25 novembre, p. 12 (citato in J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 36).
[50] In particolare, tra la fine del XIX e i primi anni del XX Secolo erano state fondate: la *Victoria University*, comprendente sotto la stessa ala quelle di Manchester (già *Owen's College*, 1851), Liverpool (1884, indipendente dal 1903) e Leeds (1887, indipendente dal 1904); l'Università del Galles (1893), l'Università di Birmingham (1900, ma istituita già nel 1875 con il nome di *Mason College*); l'Università di Sheffield (1905); l'Università di Bristol (1909).

orale per il periodo post-bellico[51]. In particolare, la raccomandazione n. 22 proponeva: *a)* la costituzione di un unico collegio elettorale universitario per tutte le università inglesi (a eccezione di Oxford e Cambridge) e quella gallese, allocante tre seggi con il sistema del voto singolo trasferibile; *b)* l'accorpamento, in un unico distretto, delle quattro istituzioni scozzesi, con il diritto però ad eleggere tre membri ai Comuni (invece dei due precedenti), ancora tramite il voto singolo trasferibile; *c)* l'estensione dell'elettorato attivo, sia per le nuove *constituencies* che per quelle di Oxford e Cambridge (le uniche a mantenere ancora l'antico sistema) a tutti coloro in possesso di un diploma universitario.

Il *Fourth Reform Act 1918*[52] – che, come noto, estendeva per la prima volta il diritto di voto anche alle donne che avessero compiuto i trent'anni di età –, recepiva in gran parte le raccomandazioni della *Speaker's Conference* in tema di *franchise* universitario, e delimitava anzitutto i criteri individuanti l'elettorato attivo. Gli articoli 1, 1° co., e 4, 1° co. garantivano, rispettivamente agli uomini e alle donne, la possibilità di esprimere un voto plurimo, tanto nel collegio territoriale quanto in quello universitario di appartenenza, mentre il secondo comma di ciascuno individuava nei ventuno e nei trent'anni il limite minimo di età per esercitare il proprio diritto elettorale. L'articolo 20 statuiva il principio della rappresentanza proporzionale, e introduceva, per tutti i collegi plurinominali, il sistema del voto singolo trasferibile. Infine, nella Parte III del Nono Allegato si stabiliva il nuovo riparto di seggi delle *university constituencies*, e in particolare: si manteneva invariato il numero di membri spettanti a Oxford e Cambridge (due ciascuna), e a Londra (uno); si prevedeva un'unica circoscrizione per il resto delle università inglesi (chiamata dall'atto *combined English universities constituency*), che avrebbero inviato ai Comuni due rappresentanti; si unificavano le due circoscrizioni universitarie scozzesi, allocando nel distretto così risultante un ulteriore seggio (per un totale di tre rappresentanti); si istituiva una circoscrizione coincidente con l'Università del Galles, cui sarebbe spettato un parlamentare.

Le medesime disposizioni venivano poi incardinate nel *Redistribution of Seats (Ireland) Act 1918*[53], con riferimento alla nuova geografia elettorale dell'Isola. Almeno per i pochi anni che separavano la nuova legislazione dalla nascita dell'*Irish Free State*, i rappresentanti delle università irlandesi a Westminster sarebbero stati quattro: i due già riconosciuti al *Trinity College*, quello allocato alla *Queen's University Belfast*, e quello espresso dalla *National University of Ireland* (fondata nel 1908 dall'unione dei vecchi *Queen's colleges* di Cork e Galway con il

[51] *Conference on Electoral Reform: Letter from Mr. Speaker to the Prime Minister*, Cd. 8463, 1917, pp. 1-8. Sulla Conferenza e le ragioni della sua costituzione si rimanda a D. Rolf, *Origins of Mr. Speaker's Conference during the First World War*, in *History*, vol. 64, n. 210, 1979, pp. 36-46. Le *Speaker's conferences*, di cui quella del 1916-17 rappresenta l'esempio primigenio, vengono convocate (di norma) su richiesta del Primo Ministro con lo scopo di trovare un ampio consenso su temi di particolare importanza costituzionale. Proprio per garantire imparzialità e massima rappresentanza delle forze politiche, esse vengono presiedute dallo *Speaker* della Camera dei Comuni. Prima dell'istituzione, nel 2001, della *Electoral Commission*, tali consessi venivano riuniti soprattutto (come è il caso di quella in esame) per proporre raccomandazioni in materia elettorale. Su questa particolare forma di dialogo interpartitico si v. N. Johnston, *Speakers' conferences. House of Commons Library Research Briefing 04426*, 15 ottobre 2024, Online.

[52] 7 & 8 Geo. 5. c. 64.

[53] 7 & 8 Geo. 5. c. 65.

Jesuit University College di Dublino, e dunque espressione dell'elettorato accademico cattolico).

Il nuovo quadro delle *university constituencies* che veniva a delinearsi con gli atti di riforma del 1918 era, dunque, quantomeno peculiare, poiché, se da una parte "democratizzava" la rappresentanza accademica ampliando il suffragio di genere, estendendo il diritto di elettorato attivo, incrementando il numero di circoscrizioni e riconoscendo il principio proporzionalista, dall'altra manteneva, in nome di imperativi politici, forti squilibri tra le diverse circoscrizioni. Con le icastiche parole dello storico A.F. Pollard: «[*i*]*t needed a peculiar Welsh wizardry to give a seat to a Welsh University with barely a thousand voters, and leave London, which had more than nine times the number of electors, with the same amount of representation. Nor was it much fairer to give the Combined* [*English*] *Universities, with less than a quarter of London's electorate, double its representation*»[54].

A partire da questo momento, la rappresentanza universitaria doveva subire ancora un paio di trasformazioni, prima dell'inizio del suo declino: nel 1922, con la nascita dello Stato libero d'Irlanda (per la cui analisi si rimanda al prosieguo del discorso), i due delegati del *Trinity College* e quello della *National University of Ireland* venivano eliminati dalla composizione della Camera dei Comuni (il totale dei membri universitari passava, così, da quindici a dodici). Infine, nel 1928 veniva aggiunta, nella *combined English universities constituency*, anche l'Università di Reading, fondata un paio di anni prima.

All'inizio del 1944, quando veniva convocata un'altra *Speaker's conference* per sviluppare piani di revisione delle strutture della politica elettorale per il dopoguerra, le raccomandazioni lasciavano esplicitamente inalterata la rappresentanza universitaria. I conservatori, che avevano una maggioranza decisiva nel consesso – la composizione della *conference* rispecchiava quella del Parlamento del 1935 –, erano del resto ancora fortemente schierati a favore dei distretti elettorali accademici. Tale stato di cose doveva capovolgersi quando, con la *general election* del 1945, il Governo laburista di Clement Attlee si insediava a Downing Street. Il *Representation of the People Act 1948*[55] prevedeva l'eliminazione, alle successive elezioni generali, del voto universitario e dei dodici seggi accademici (articolo 3, 4° co.). In risposta al colpo di coda laburista, i conservatori – che denunciavano non solo la trasgressione dell'accordo della *Speaker's conference*, ma pure la violazione della consuetudine costituzionale che voleva il consenso di tutti i partiti nel caso di alterazione della struttura della Camera dei Comuni –, si impegnavano a ripristinare i seggi universitari una volta tornati al potere. Tuttavia, il sostegno della base del Partito alla rappresentanza universitaria non si dimostrava unanime, e alcuni misero in dubbio la necessità e la saggezza del ripristino dei distretti accademici. Quando i conservatori di Churchill tornarono al potere nel 1951, il Primo Ministro si affrettava ad affermare che la ricostituzione dei collegi universitari non avrebbe visto la luce nella legislatura appena iniziata. Il proposito veniva, così, semplicemente accantonato, e non doveva essere neppure ricompreso nelle proposte politiche

[54] *The Times*, 29 novembre 1922, p. 13 (citato in J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., pp. 40-41).
[55] 11 & 12 Geo. 6. c. 65.

del manifesto elettorale per le elezioni del 1955. Un ultimo, infruttuoso quanto anacronistico tentativo, doveva essere svolto da Lord Cranborne, che nel 1982 presentava un *private members' bill* per ripristinare il *franchise* universitario.

Nonostante l'impegno dichiarato dal suo Partito, dunque, il ritorno al potere di Churchill segnava la vera fine della *university constituency* in Gran Bretagna, tre secoli e mezzo dopo la sua istituzione. Essa aveva descritto una piccola ma significativa parte del concetto di rappresentanza, gettando il seme per trapianti giuridici più o meno fecondi nei diversi angoli dell'Impero coloniale, e lasciando un'impronta indelebile nell'ordinamento limitrofo, quello irlandese, che doveva appropriarsi di un istituto alieno per farne carattere della sua peculiarità. È proprio a queste variegate vicende che sarà dedicata attenzione nel prosieguo dell'analisi.

4. I trapianti giuridici imperiali e l'esportazione del modello

La traslazione dei distretti elettorali universitari dal centro alla periferia dell'Impero iniziava già nel momento genetico dell'istituto – e ancor prima che di "impero" si potesse parlare, stante che il *Trinity College* si vedeva garantito il diritto di rappresentanza al Parlamento vassallo di Dublino nel 1613 –, e assumeva forme analoghe a quelle che le *university constituencies* possedevano in Inghilterra. Non in tutti gli ordinamenti in cui si è tentato l'innesto della circoscrizione accademica, però, tale operazione è risultata feconda. Nei prossimi paragrafi l'analisi sarà dedicata a quegli ordinamenti in cui l'istituto è stato accolto solo per un breve periodo di tempo, ovvero in cui il tentativo di trapianto giuridico, pur previsto e ufficialmente approntato, non ha poi avuto risultati nella prassi, oppure, ancora, in cui la sua introduzione è stata solo discussa in sede legislativa, senza poi vedere la luce. In particolare, verranno esaminati i casi della Virginia coloniale, dell'*Upper Canada*, di alcuni territori australiani, della Nuova Zelanda, della Sicilia durante il decennio inglese (1806-1815), e di Malta. In tutti questi sistemi legali, l'influenza (diretta o mediata) del modello inglese ha comportato l'introduzione (anche se per breve tempo) di forme di rappresentanza universitaria all'interno degli organi legislativi nazionali o locali, oppure ha inaugurato dibattiti istituzionali volti a perseguire questa strada. L'analisi è utile anzitutto come caso di studio di *legal transplants*, ed è prodromica a quella sugli ordinamenti che ancora oggi adottano il modello: quelli indiano (anche se solo a livello statale) e, soprattutto, quello irlandese.

4.1 La Virginia

Il primo esempio di trapianto giuridico dell'istituto al di fuori delle Isole britanniche si rinviene nelle Tredici colonie nordamericane, e in particolare in Virginia, dove nel 1693 veniva fondato, dai nuovi sovrani d'Orange, il *College of William and Mary* – il secondo istituto di istruzione superiore sul territorio proto-statunitense dopo Harvard[56]. All'articolo XVIII

[56] Sul punto, e per un'analisi della rappresentanza universitaria dell'istituto, si rimanda a T.J. McSweeney, K. Ello, E. O'Brien, *A University in 1693: New Light on William & Mary's Claim to the Title "Oldest University in the United States"*, in *William & Mary Law Review Online*, vol. 61, 2020, pp. 91-122, e spec. 114-120.

della *royal charter* che autorizzava l'instaurazione delle attività del collegio, si riconosceva: «*to the* […] *President, and masters, or professors of the said College, full and absolute power, liberty, and authority, to nominate, elect, and constitute one discreet and able person of their own number, or of the number of the said visitors, or governors, or lastly, of the better sort of inhabitants of our colony of Virginia, to be present in the house of Burgesses, of the General Assembly of our colony of Virginia*»[57].

Il *William and Mary* diventava, così, l'unico istituto accademico a vedersi riconosciuta una forma di rappresentanza all'interno di un'assemblea legislativa coloniale[58], a dimostrazione di come la nuova dinastia si ponesse, almeno sotto questo aspetto, in linea di continuità con quella stuartiana, considerando i distretti elettorali universitari anzitutto un riconoscimento nei confronti di istituti fedeli alla Corona, in grado di contribuire positivamente alla produzione legislativa della comunità di appartenenza. L'*unicum* virginiano si spiegherebbe poi con le radicali similitudini che legavano il *modus* e gli istituti della rappresentanza nella colonia e nella Madrepatria, assolutamente peculiari rispetto agli altri possedimenti in Nordamerica[59], i quali avevano invece ereditato, dal modello parlamentare inglese, solo le caratteristiche che meglio si confacevano alla propria situazione politico-istituzionale[60].

La storia della rappresentanza universitaria in Virginia doveva però iniziare su un percorso accidentato, e fino alle elezioni del 1715 non fu possibile inviare un rappresentante, in quanto la struttura accademica prevista dalla *charter* del 1693 a governo dell'istituto non era ancora pienamente operativa. Il perfezionamento di una prima elezione avveniva soltanto nel 1718, e da questo momento il *College* si vedeva continuativamente rappresentato alla *House of Burgesses* (ad eccezione di un breve periodo tra il 1723 e il 1727[61]).

Nel periodo pre-rivoluzionario, i rappresentanti del collegio dovevano dimostrarsi veri e propri protagonisti della vita pubblica. Negli anni di fermento che precedettero il 1776, la fedeltà alla corona dei *burgesses* del *William and Mary* può essere letta come conforme alla politica generale dei membri delle università del XVII e XVIII secolo in Inghilterra e Irlanda, sebbene, come in questi casi, non mancarono del tutto rappresentanti oppositori alle politiche governative e, nel caso di specie, promotori dell'affrancamento da Londra[62].

---

[57] *Royal Charter of the College of William and Mary (February 8, 1693)*, rinvenibile sul sito ufficiale del *College* (https://guides.libraries.wm.edu/wm/charter).

[58] Secondo Millicent Rex, la questione se il *Dartmouth College*, fondato nel 1769, dovesse essere rappresentato nell'assemblea del New Hampshire fu sollevata ma mai presa in considerazione (in M.B. Rex, *op. cit.*, p. 13).

[59] «*Two points emerge with singular clarity from an analysis of the procedure of the house of burgesses. The first is their remarkable adherence to English forms and practices. From the outset they strove to model their own assembly on the great "mother of parliaments"; in 1663 they actually called themselves "the honourable house of commons"*» (in S.M. Pargellis, *The Procedure of the Virginia House of Burgesses*, in *William and Mary College Quarterly Historical Magazine*, vol. 7, n. 3, 1927, pp. 143-157, 156).

[60] Cfr. A.F. Madden, "*Not for export": The Westminster model of government and British colonial practice*, in *Journal of Imperial and Commonwealth History*, vol. 8, n. 1, 1979, pp. 10-29, spec. 13-14.

[61] L'elenco dei rappresentanti del distretto universitario alla *House of Burgesses* si trova in J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., Appendix 5.

[62] Cfr. *Ibid.*, pp. 21-22.

La rappresentanza universitaria veniva abolita proprio con la Guerra d'Indipendenza (l'ultimo *burgess* veniva inviato nel 1775), ma il caso della Virginia rappresenta un primo, importante esempio di esportazione transoceanica dell'istituto, oltre che uno dei più duraturi, avendo operato quasi ininterrottamente per oltre un cinquantennio.

4.2 Il Canada

Il caso della rappresentanza universitaria nell'*Upper Canada* (il moderno Ontario) è interessante per due ordini di ragioni: anzitutto perché in questo territorio l'istituto è stato ufficialmente introdotto, ma non ha mai operato praticamente; in secondo luogo perché esso veniva previsto già alcuni anni prima che venisse fondata un'istituzione accademica vera e propria.

Nel 1819, mentre il *Colonial Office* ancora resisteva all'idea di creare un'università, il luogotenente governatore Maitland raccomandava che il legislatore dell'Alto Canada prendesse in considerazione, nell'ambito di un piano per l'incremento della rappresentanza in seno all'assemblea locale, «*the propriety of providing for a distinct representation of the contemplated University, when founded, in conformity with the established practice in the mother country*»[63]. L'obiettivo del Maitland era, anzitutto, quello di garantire rappresentanti lealisti all'interno della camera territoriale, e dunque frenare l'influenza rivoluzionaria statunitense[64]. La proposta avrebbe dovuto trovare seguito nel *Commons and University Representation Act 1820*[65], il cui articolo 4 stabiliva che «*whenever an University shall be organized,* […] *and in conformity to the Rules and Statutes of similar Institutions in Great Britain, it shall and may be lawful for the Governor,* […] *to declare by Proclamation the Tract of Land appendant to such University,* […] *to be a Town or Township, by such name as to him shall seem meet, and that such Town or Township, so constituted, shall be Represented by one Member*».

Sette anni dopo che il principio della rappresentanza universitaria veniva stabilito per legge, il monarca britannico concedeva una *royal charter* per l'istituzione di un *King's College* a Toronto (che nel 1850 sarebbe diventato la *University of Toronto*). L'istituzione riceveva però, sin dalla pubblicazione della carta reale, aspre critiche sulla sua natura di braccio della chiesa anglicana nell'*Upper Canada*. Sebbene lo statuto universitario, redatto dall'ecclesiastico anglicano (e futuro primo vescovo di Toronto) John Strachan, non richiedesse il superamento di prove in materia religiosa per l'immatricolazione, questa liberalità fu percepita come viziata dalle disposizioni che prevedevano che il *Visitor* dell'università fosse un arcivescovo anglicano, che il *President* fosse un ecclesiastico, e che il Consiglio accademico fosse composto da membri che sottoscrivessero i Trentanove articoli di religione (la confessione di fede della Chiesa d'Inghilterra)[66].

[63] J.G. Hodgins, *Documentary History of Education in Upper Canada. Volume I: 1790–1830,* Toronto, L.K. Cameron, 1894, p. 138 (citato in J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 115).
[64] J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 115.
[65] *An Act to provide for Increasing the Representation of the Commons of this Province in the House of Assembly*, 60 Geo. 3 c. 2.
[66] Cfr. M.L. Friedland, *The University of Toronto: A History*, 2° ed., Toronto, Toronto University Press, 2013, pp. 3-23.

Contrariamente a quanto era avvenuto con Oxford, Cambridge, il *Trinity College* di Dublino e il *College of William and Mary*, per cui i legami con la chiesa istituita furono un fattore importante per ottenere una rappresentanza legislativa, nel Canada del XIX Secolo la critica radicale al privilegio delle élite anglicane conduceva a una protesta generalizzata rispetto all'istituzione di università (para)confessionali.

Gli accesi dibattiti sull'affiliazione religiosa dell'università di Toronto ne ritardarono l'apertura fino al 1837. Proprio questo ritardo contribuiva a impedire che la rappresentanza universitaria in Canada, sebbene promulgata in linea di principio, diventasse una realtà. Quando il *King's College* fu formalmente inaugurato nel 1842, le province dell'Alto e del Basso Canada erano state unite dall'*Union Act* del 1840. Nello stesso anno, il Consiglio accademico dell'Università approvava una risoluzione in cui si chiedeva al Luogotenente Governatore di applicare la legge del 1820 e di dichiarare l'Ateneo un distretto elettorale[67]. Ciononostante, nessuna azione veniva intrapresa in risposta alla risoluzione, e la legge del 1820 (che aveva autorizzato la rappresentanza universitaria) veniva abrogata nel 1859, quando venivano approvati i *Consolidated Statutes of Canada*.

Sebbene la rappresentanza universitaria sia dunque formalmente esistita in territorio canadese, eliminarla fu, infine, facile, perché la novella del 1859 non dovette mai sopprimere seggi universitari già presenti, né confrontarsi con le relative argomentazioni degli accademici sulle virtù e i contributi ai lavori legislativi dei membri universitari.

4.3 L'Australasia

Nello stesso periodo in cui in Canada la rappresentanza universitaria veniva espunta dalla legislazione e nel Regno Unito si avanzava l'ipotesi di un suo ampliamento, i processi di istituzione delle assemblee legislative e di edificazione di un'architettura di istruzione superiore nelle colonie australasiatiche stimolavano il dibattito sull'opportunità, per i nuovi istituti, di essere rappresentati nei parlamenti coloniali. Tali discussioni dovevano avvenire soprattutto nel Nuovo Galles del Sud, nel Victoria, nel Queensland e in Nuova Zelanda, anche se solo nel primo territorio il processo avrebbe prodotto una (pur breve) prassi di applicazione.

Nel *New South Wales* l'Università di Sidney veniva fondata nel 1852, e sei anni più tardi si vedeva concessa una *royal charter* che ne elencava i privilegi. Nel 1858, il combinato disposto degli articoli 3 e 15 della legge elettorale per la Camera bassa della colonia[68] – che andava ad affiancare il vecchio *Legislative Council* in un nuovo Parlamento bicamerale[69] – prevedeva che uno degli 81 membri dell'assemblea dovesse essere scelto dall'Università di

[67] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 116.
[68] 22 Vict. c. 20.
[69] Cfr. D. Clune, R. Smith, *New South Wales*, in P. Chen, N. Barry, J. Butcher, D. Clune, I. Cook, A. Garnier, Y. Haigh, S.C. Motta, M. Taflaga (eds.), *Australian Politics and Policy: Senior Edition*, Sydney, Sydney University Press, 2019, pp. 212-232, 214. Per una ricostruzione degli eventi parlamentari del *New South Wales* dalla costituzione del 1856 a quella del 1902, ossia dallo *status* coloniale a quello di Stato federato, si v. D. Clune, G. Griffith, *Decision and Deliberation. The Parliament of New South Wales 1856-2003*, Birmingham (NSW), The Federation Press, 2006, pp. 17-150.

Sidney «*so soon as there shall be* […] *not fewer than one hundred Graduates*». L'elettorato universitario, che avrebbe così goduto di un voto plurimo[70], doveva essere composto dai membri del Senato accademico, dal corpo docente e dai possessori di un titolo di studio rilasciato dall'Ateneo.

Il raggiungimento del requisito numerico di cento laureati per l'attivazione del distretto elettorale doveva però raggiungersi soltanto nel 1876, e durare giusto il tempo di una legislatura – due i rappresentanti eletti: William Windeyer alle elezioni del 1876, ed Edmund Barton, succeduto al primo in una *by-election* del 1879[71]. Nel 1880, infatti, una nuova legge elettorale aboliva il seggio accademico nell'ambito di un'importante redistribuzione dei confini dei collegi elettorali statali, eliminando la rappresentanza universitaria prima che potesse esprimersi in una prassi stabile.

Nella colonia di Victoria, dove l'Università di Melbourne veniva fondata nel 1855, l'istituzione di una *university constituency* veniva dibattuta senza, però, riuscire mai a vedere la luce. I tre tentativi promossi dall'élite culturale locale – due nel 1858, in occasione della considerazione di un progetto di legge per incrementare i membri all'assemblea legislativa territoriale, e uno nel 1876, quando veniva dibattuto un ulteriore *electoral bill* – non dovevano trovare seguito nella legislazione, anche per la mancanza, nei territori australiani, di una prassi consolidata in materia di rappresentanza universitaria[72].

Ciononostante, una qualche forma di epistocrazia trovava posto, nella colonia, all'interno della Camera alta del Parlamento di Melbourne. Ai sensi dell'articolo 5 della Costituzione del 1855[73], infatti, i laureati – di qualunque università di un *British dominion*, purché cittadini di Sua Maestà e con almeno ventun anni – rientravano tra i soggetti qualificati a eleggere i membri del *Legislative Council*, per il quale si utilizzava dunque un suffragio più ristretto rispetto a quello adottato per selezionare i deputati[74], e per cui si riteneva che il possesso di un titolo accademico fosse condizione sufficiente a qualificarsi come elettore dei senatori dello Stato.

Un ultimo tentativo su suolo australiano per l'introduzione di *university constituencies* doveva compiersi nel Queensland, dove, pur essendo prevista da una legge del 1871 la possibilità, per la futura università statale, di eleggere un membro all'assemblea legislativa, la rappresentanza universitaria non avrebbe visto la luce per il ritardo con cui l'istituzione di Bris-

[70] La legge elettorale aveva anche creato una franchigia speciale per i minatori e gli uomini d'affari in determinate zone aurifere. A differenza del voto universitario, però, coloro che rientravano in questa categoria potevano votare solo nella loro circoscrizione mineraria o nel loro distretto di residenza, mentre il voto plurimo restava appannaggio degli elettori dei distretti accademici.

[71] I risultati elettorali sono rinvenibili in *New South Wales Election Results 1856-2007*, sul sito del Parlamento del Nuovo Galles del Sud.

[72] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 127.

[73] 18 & 19 Vict. c. 55.

[74] In particolare, facevano parte dell'elettorato attivo: i possessori di una proprietà del valore di almeno mille sterline; i fruitori di una rendita annua di almeno cento sterline; i *barristers* e i *solicitors* registrati nello Stato; i medici registrati; gli ufficiali delle forze armate, oltre ai laureati «*of any University in the British Dominions*».

bane sarebbe stata fondata (solo nel 1909)[75].

Il caso della rappresentanza universitaria nelle colonie australiane non solo mostra la corrispondenza tra alcuni risultati costituzionali pre-federazione nei diversi territori del continente oceanico, ma dimostra anche un insieme condiviso di visioni sul rapporto tra lo sviluppo legislativo e quello della rappresentanza degli istituti di istruzione derivante dalla tradizione giuridica della Madrepatria.

Se in Australia (così come in Canada) lo sviluppo dell'accademia doveva procedere seguendo la conformazione proto-federale del territorio, in Nuova Zelanda esso seguiva l'aspetto centralistico dell'organizzazione giuridica coloniale. Così, nel 1870, il *New Zealand University Act*[76] creava la cornice per la fondazione di un'istituzione nazionale, che raccoglieva sotto il suo ombrello diversi college regionali (Otago, Canterbury, Auckland, Wellington). Anche in questo caso, però, la rappresentanza universitaria all'assemblea legislativa non era destinata ad ottenere successo. Sebbene i dibattiti nel Parlamento di Wellington prendessero in considerazione la possibilità di introdurre il meccanismo dei distretti accademici, tanto durante l'esame del *Qualification of Electors Bill* del 1875, quanto in quello del *Representation Bill* del 1881, la causa delle *university constituencies* non otteneva il sostegno necessario alla sua codificazione[77].

Tutti questi casi dimostrano come, all'epoca in cui cercavano di essere rappresentate, le università dell'Oceania britannica erano istituzioni giovani, o addirittura solo immaginate, non possedendo, dunque, alcuna statura pubblica all'interno delle colonie. Laddove le università esistevano, il loro numero esiguo di laureati non forniva una lobby ben organizzata all'interno delle rispettive legislature, come invece avveniva nel Regno Unito, ed è proprio questo, piuttosto che per l'assenza di un fertile humus giuridico (invero sempre presente), che sembra spiegare lo scarso successo dell'istituto nel Continente australe.

4.4 Il Mediterraneo britannico

In contrasto con l'importante, ma sostanzialmente esiguo bilancio della rappresentanza universitaria nelle colonie del Canada e dell'Australasia, il Mediterraneo inglese offre un quadro più solido e variegato dei modi in cui la circoscrizione elettorale accademica ha accompagnato le attività imperiali di Londra e le idee del costituzionalismo britannico, soprattutto nell'arcipelago maltese.

Prima che a La Valletta, però, i distretti accademici dovevano trovare terreno fertile in Sicilia, dove l'influenza inglese avrebbe esplicato i suoi effetti per circa un decennio, dal 1806 al 1815[78]. La comparsa di una rappresentanza universitaria sull'Isola, su cui gli inglesi si erano stanziati inizialmente per la sua importanza strategica al centro del Mediterraneo, avveniva durante le guerre napoleoniche. Con la Penisola italiana sotto il controllo francese, la Sicilia era stata separata dal resto del Regno borbonico, e Ferdinando III avev-

[75] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., pp. 128-129.
[76] 33 & 34 Vict. c. 90.
[77] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., pp. 129-132.
[78] Una panoramica del "decennio inglese" è in M. D'Angelo, R. Lentini, M. Saija (a cura di), *Il "decennio inglese" 1806-1815 in Sicilia. Bilancio storiografico e prospettive di ricerca*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020.

a dovuto trasferirsi a Palermo insieme alla corte napoletana[79]. Nel 1811, Lord Bentinck (in seguito Governatore generale dell'India) riceveva gli incarichi di comandante in capo nel Mediterraneo e di inviato britannico alla corte delle Due Sicilie, con il compito di mantenere l'Isola solidamente nella colonna britannica. Per garantire questo scopo, il Bentinck riteneva necessaria una profonda trasformazione del parlamento feudale in ottica liberale[80], e di ciò riusciva a convincere sia i nobili siciliani che il Governo di Londra. Nel 1812, veniva così promulgata una Costituzione che ricalcava in gran parte le linee giuridiche di quella britannica[81].

Per ciò che qui interessa, il Capitolo V, par. 8, del Titolo I sanciva che, nella Camera de' Comuni – ossia la Camera bassa del Parlamento, composta da 154 membri, l'altra essendo la Camera de' Pari – «[l]e Università degli Studj delle Città di Palermo, e di Catania manderanno un Rappresentante per ciascheduna», mentre il successivo Capitolo VIII, par. 5 delineava l'elettorato attivo, composto «dal Rettore, dal Segretario, e dal corpo de' Professori, e dei Dottori Collegiali d'ognuna».

La breve parabola costituzionale del nuovo ordinamento, terminata nel 1815 con la restaurazione dello *status quo ante* stabilita a Vienna, doveva vedere la convocazione di tre parlamenti che, pur lacerati da faziosità politiche e resistenze anticostituzionali, erano riusciti a veder eleggere tra le proprie fila anche i rappresentanti dei due istituti universitari dell'Isola[82]. La Carta del 1812 veniva in seguito ritenuta, dai sostenitori dell'indipendenza, la legittima costituzione siciliana, e nel biennio 1848-49, durante la rivoluzione anti-borbonica che doveva condurre alla fondazione di un effimero Regno di Sicilia[83], il nuovo Statuto[84] ricalcava quello di trentacinque anni prima, e all'articolo 11 decretava che, nella nuova Camera dei deputati, «[d]alle università degli studi di Catania e Messina sarà scelto un rappresentante per ciascuna, e due da quella di Palermo», incrementando la rappresentanza accademica dell'Ateneo principale dell'Isola, e introducendone una per l'Università di Messina (rifondata nel 1838). Il nuovo regime costituzionale, che sarebbe durato solo quindici mesi, non avrebbe permesso l'instaurazione di una prassi duratura, ma è interessante notare come la rappresentanza universitaria (così come altri istituti britannici), da innesto legale estraneo diventasse, agli occhi dei costituenti del 1848, tratto giuridico peculiare dell'ordinamento, al punto da essere rivendicato all'interno della Carta rivoluzionaria.

La natura e le vicende dell'istituto dovevano assumere una natura ben più duratura che in Sicilia nell'arcipelago maltese, sottoposto al controllo britannico dal 1800, sempre nell

[79] Cfr. D. Mack Smith, *Storia della Sicilia medievale e moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 437-448.
[80] Cfr. C.R. Ricotti, *Il costituzionalismo britannico nel Mediterraneo (1794-1818)*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 16-167.
[81] *Costituzione di Sicilia Stabilita nel Generale, Straordinario Parlamento del 1812*. Un'analisi della Costituzione del 1812, delle sue premesse, fonti e redazione è in *ibid.*, pp. 227-265, e in A. Grimaldi, *La Costituzione siciliana del 1812*, in *Revista de Derecho*, n. 48, 2017, pp. 209-233.
[82] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 133.
[83] Sul punto si v. D. Mack Smith, op. cit., pp. 556-572.
[84] *Statuto fondamentale del Regno di Sicilia decretato il giorno 10 luglio 1848 dal Generale Parlamento*.

'ambito della sorveglianza del Mediterraneo in ottica anti-napoleonica. L'università di Malta, fondata nel 1769, sarebbe venuta incontro, nel corso del XIX Secolo, a una ristrutturazione della sua organizzazione e delle sue funzioni, che gli inglesi auspicavano – come già nel caso irlandese, e in quello coevo indiano – anzitutto per la creazione di una classe dirigente autoctona fedele alla Corona britannica[85].

La rappresentanza universitaria veniva introdotta per la prima volta con la Costituzione del 1887[86], che era pure la prima carta a instaurare un governo rappresentativo nell'arcipelago. Questo intento veniva raggiunto modificando la composizione del *Council of Government*, che prima di allora era costituito in maggioranza da membri nominati, troppo spesso schierati con il Governatore dell'Isola contro quelli espressione dell'elettorato[87]. L'articolo 3 della nuova Costituzione sanciva una composizione, per il nuovo Consiglio di Governo, che vi vedeva partecipi il Governatore, sei membri *ex officio* e quattordici membri eletti[88]. Di questi ultimi, dieci erano scelti dai cc.dd. "elettori generali", e quattro da elettori appartenenti a "liste speciali", nel numero di uno per ciascuna lista (articolo 7 Cost. 1887) le quali ricomprendevano (articolo 9 Cost. 1887): gli ecclesiastici, i nobili maltesi, i laureati dell'Università di Malta e i membri della Borsa di Commercio. Gli elettori per le circoscrizioni speciali erano anche elettori generali e quindi avevano la possibilità di esprimere un voto plurimo.

La rappresentanza universitaria a Malta doveva interrompersi nel 1903, quando il crescente conflitto tra membri eletti e membri di diritto all'interno del Consiglio conduceva al collasso delle istituzioni e all'introduzione della *crown rule*[89]. Nel 1919, un'assemblea nazionale si riuniva per elaborare una nuova costituzione, e nel 1921 venivano emesse le lettere patenti che avrebbero creato un sistema di governo di tipo diarchico, simile a quello introdotto in India pochi anni prima[90]. Sotto il nuovo regime, e ai sensi dell'articolo 5 della nuova Costituzione[91], la rappresentanza dei laureati passava all'interno di un nuovo Senato corporativo – non dissimile dalla Camera alta irlandese *post*-1937 –, per i cui elettori si prevedeva nuovamente il voto plurimo. In particolare, dei diciassette membri della Camera alta, sette sarebbero stati eletti da tutti i cittadini maggiori di ventun anni su base censitaria, e altri dieci da cinque classi corporative – due dal clero, due dalla nobiltà, due

[85] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 134.
[86] La nuova costituzione veniva concessa dalla Regina Vittoria con lettere patenti del 12 dicembre 1887, ora raccolte in *Law, Letters Patent and other Papers in relation to the Constitution of the Council of Government of Malta*, Malta, G.P.O., 1889, pp. 113-132.
[87] Sul punto si v. A. Ganado, *The Representative Government Constitution of 1887*, in H. Frendo (ed.), *Landmarks in Maltese Constitutional History 1849-1974*, Valletta, Central Bank of Malta, 2012, pp. 25-32, 25.
[88] Nella vecchia composizione erano invece presenti, oltre al Governatore, nove membri d'ufficio e otto espressione dell'elettorato maltese.
[89] Cfr. H. Frendo, *Party Politics in a Fortress Colony: The Maltese Experience*, 2° ed., Valletta, Midsea, 1991, p. 131.
[90] Sulla Costituzione del 1921 cfr. J.M. Pirotta, *The 1921 Self-Government Constitution*, in H. Frendo (ed.), *Landmarks in Maltese Constitutional History*, cit., pp. 33-40.
[91] *Malta Government Gazette No. 6389*, May 4, 1921, pp. 326-366.

e Government to exercise a profession», due dai membri della Camera di Commercio e due dal *Trade Union Council*.

Il Senato maltese doveva essere, infine, soppresso con la nuova Costituzione del 1947 – la prima a introdurre il suffragio universale –, e con esso doveva giungere a termine anche l'istituto della rappresentanza universitaria, che però aveva goduto, rispetto alle numerose altre colonie e territori analizzati nei precedenti paragrafi, di una durata ben superiore. Ciò sembra spiegarsi, secondo il Meisel, con le affinità che legavano i caratteri maltesi a quelli indiani, altro territorio in cui le *university constituencies* hanno goduto di ampia fortuna. In particolare, a Malta come in India, il dominio britannico consisteva in una sovrapposizione imperiale su società già culturalmente e giuridicamente identitarie. In entrambi i territori, i britannici non potevano contare sugli stessi tipi di affinità culturali ed etniche che condividevano con i coloni in Canada, Australia e Nuova Zelanda, e poiché la presenza britannica consisteva in una piccola minoranza, la necessità di una partecipazione dei sudditi autoctoni all'amministrazione dell'ordinamento era fondamentale. Il Regno Unito istituiva le università in India e riformava quella di Malta proprio per soddisfare questa esigenza. La rappresentanza universitaria in entrambi i territori era, dunque, un *modus* per collegare le esigenze del dominio di Londra con lo sforzo di incorporare, nelle strutture politiche locali, coloro che avevano ricevuto un'istruzione emulativa di quella britannica[92].

5. Il trapianto legale dell'istituto nell'ordinamento indiano

L'esportazione delle circoscrizioni elettorali universitarie in India risulta particolarmente interessante per diverse ragioni. Anzitutto, perché essa presenta solo alcune affinità con lo sviluppo del *franchise* accademico nella Madrepatria, ma in un quadro caratterizzato da una realtà autoctona peculiare, rispondente a esigenze di natura imperiale cui si è già avuto modo di accennare con riguardo al caso maltese. In secondo luogo perché, come già per i casi canadese e australiano, lo sviluppo di distretti elettorali universitari si è legato alla natura proto-federale del territorio, la qual cosa ha avuto ripercussioni sui caratteri dell'istituto anche dopo l'affrancamento da Londra. In terzo luogo, infine, perché l'ordinamento indiano è il solo (insieme a quello irlandese) a mantenere ancora oggi le *university constituencies*, e a prevederle direttamente all'interno del testo costituzionale – sebbene, come si è già accennato, solo a livello statale e non anche nazionale.

5.1 La rappresentanza universitaria nel Raj britannico

La proposta per la fondazione di istituti accademici nel Subcontinente si data già al periodo immediatamente precedente la fine del dominio esercitato dalla *East India Company*, decretata, a seguito della rivolta dei *sepoys* del 1857-1858, con il *Government of India Act 1858*[93], che liquidava la Compagnia e trasferiva le funzioni da questa esercitate sotto il

[92] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 135.
[93] 21 & 22 Vict. c. 106.

controllo della Corona britannica[94]. Le università di Bombay, Calcutta e Madras venivano istituite con *royal charter* nel 1857, quella di Rangoon nel 1878 (come *college*), quella del Punjab nel 1882, e quella di Allahabad nel 1887[95]. In tutti questi casi, la funzione delle istituzioni doveva essere quella di razionalizzare il reclutamento degli indiani nei servizi governativi, coltivando al contempo un'intellighenzia occidentalizzata che avrebbe trasmesso i valori europei e promosso gli interessi economici britannici nel territorio[96].

La diffusione del *franchise* elettorale universitario coincideva, ancora una volta, con quella di istituzioni legislative autoctone, e in particolare con i *provincial councils* introdotti, a partire dal 1861-62, nei territori di Madras, Bombay, Bengala e *North-Western Provinces and Oudh*[97]. Si trattava di organi con funzioni meramente consultive, composti da membri *ex ufficio* e membri aggiunti nominati dal governatore del singolo territorio. In altre parole, essi rappresentavano, a livello locale, quello che il *Governor-General's Council* era a livello centrale. A partire dal 1885, le richieste da parte dell'*Indian National Congress* di vedere maggiormente rappresentati gli indiani all'interno dei consigli centrale e provinciali[98] doveva condurre il Parlamento di Londra all'approvazione dell'*Indian Councils Act 1892*[99] che, tra l'altro, ampliava il numero di membri aggiunti delle assemblee provinciali, portandoli dagli otto previsti nell'atto del 1861, a venti per i territori di Madras, Bombay e Bengala, e a quindici per le *North-Western Provinces and Oudh*[100].

Per tutti e quattro i territori, si stabiliva che uno di questi membri aggiunti dovesse essere nominato dal governatore locale su *advice* del senato accademico dell'istituto presente nella provincia[101]. Così, l'Università di Madras avrebbe proposto il proprio membro al Consiglio della Provincia omonima (chiamata ufficialmente *Presidency of Fort St. George* fino al

[94] Una ricostruzione storica delle vicende si può trovare in A.B. Keith, *A Constitutional History of India: 1600–1935*, London, Methuen & Co., 1936, pp. 164-171 e in M. Torri, *Storia dell'India*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 425-431.

[95] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 86.

[96] Cfr. M. Torri, *op. cit.*, pp. 462-464.

[97] Combinato disposto degli articoli 29 (che permetteva l'istituzione di un consiglio provinciale in aiuto del governatore locale a Madras e Bombay) e 44 (che sanciva la possibilità di estendere le disposizioni del primo al Bengala, al territorio delle Provincie nord-occidentali, e al Punjab) dell'*Indian Councils Act 1861* (24 & 25 Vict. c. 67).

[98] Cfr. A.K. Thiruvengadan, *The Constitution of India. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland, Hart, 2017, p. 17.

[99] 55 & 56 Vict. c. 14.

[100] Articolo 1, 1° e 2° co. *Indian Councils Act 1892*.

[101] Tale norma veniva sancita dalle *Regulations* emesse il 17 marzo 1893 dal Governatore generale dell'India ai sensi dell'articolo 1, 4° co. *Indian Councils Act 1892*, che gli riconosceva la facoltà di emanare tali fonti secondarie per la regolazione della struttura e del funzionamento dei consigli centrale e provinciali. In particolare, rilevano: la sez. II, *lett. e* delle *Regulations under Section 1 (4) of the Indian Councils Act, 1893, for Madras*; la sez. II, *lett. f* delle *Regulations under Section 1 (4) of the Indian Councils Act, 1893, for Bombay*; la sez. II, *lett. e* delle *Regulations under Section 1 (4) of the Indian Councils Act, 1893, for Bengal*; la sez. II, *lett. d* delle *Regulations under Section 1 (4) of the Indian Councils Act, 1893, for North-Western Provinces and Oudh.* Tutti i testi possono leggersi in *The Indian Councils Act, and Acts Amending it with all Official Papers Connected therewith and the Rules for the Conduct of Business, at Meetings of the Council*, Madras, National Press, 1893, pp. 58-65.

a Provincia del Bengala; quella di Allahabad al Consiglio delle *North-Western Provinces and Oudh*.

È, dunque, con queste peculiari modalità – poteri meramente consultivi, e non pienamente elettivi nella selezione dei rappresentanti, e suffragio ristretto ai soli membri del senato accademico – che veniva introdotta la rappresentanza universitaria nel Subcontinente indiano. Essa si basava sulla necessità, difesa da Lord Dufferin (Governatore generale negli anni Ottanta), di incorporare le rappresentanze di alcuni gruppi sociali all'interno dei consigli provinciali[102], col fine di diminuire l'*appeal* di forze più estreme (in questo caso l'*Indian National Congress*), tramite l'implementazione di riforme moderate rivolte ai segmenti più ricchi e istruiti della società[103].

Nel corso dei decenni, con l'istituzione di altri consigli provinciali, venivano pure creati altri distretti elettorali universitari. Così, il Punjab otteneva un consiglio provinciale nel 1897, al cui interno l'Università locale acquisiva un proprio rappresentante a partire dal 1909. La Provincia di Bihar e Orissa veniva istituita nel 1911, e l'Università di Patna otteneva un seggio nel consiglio quando venne inaugurato nel 1917[104]. In India, dunque, come già in Canada e, soprattutto, in Australia, l'istituto della circoscrizione universitaria trovava applicazione a livello locale, e si legava fortemente con le realtà rappresentative dei singoli territori, piuttosto che con quella dell'intero Raj, depositando il seme di un'eredità giuridica che sarebbe stata trasmessa all'ordinamento all'indomani dell'indipendenza.

L'espansione del *franchise* universitario doveva continuare a seguito dell'entrata in vigore del *Government of India Act 1919*[105], con cui per la prima volta si stabiliva il principio elettivo (sebbene con un suffragio ristretto) per la maggioranza dei seggi di ciascun consiglio provinciale. Le *university constituencies* venivano regolate dalle *rules* emesse a seguito dell'approvazione della legge, e per esse veniva introdotta un'importante estensione dei titolari di elettorato attivo, che veniva ora a ricomprendere non soltanto i membri dei rispettivi senati accademici, ma pure tutti i laureati che avessero acquisito un titolo universitario da almeno sette anni e risiedessero nel territorio della provincia[106]. L'ampliamento dell'elettorato assumeva, dunque, caratteristiche originali rispetto al Regno Unito: non soltanto per

[102] Non a caso, tra i soggetti individuati dalle *Regulations* per selezionare i candidati da proporre al governatore provinciale nella nomina dei membri aggiunti ai consigli locali figuravano diverse *municipal corporations*, alcuni *district local boards*, oltre ad *associations of merchants, manufacturers or tradesmen* e *large land-holders* (i soggetti sono elencati nelle sezioni II delle *Regulations* citate nella nota precedente).

[103] Sul punto, in generale, si v. R. J. Moore, *The Twilight of the Whigs and the Reform of the Indian Councils, 1886-1892*, in *The Historical Journal*, vol. 10, n. 3, 1967, pp. 400-414.

[104] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., pp. 90-91.

[105] 9 & 10 Geo. 5. c. 101.

[106] In particolare, rilevano: la sez. 23 dell'Allegato II alle *Rules for the Madras Legislative Council*; la sez. 8 dell'Allegato II alle *Rules for the Bombay Legislative Council*; la sez. 11 dell'Allegato II alle *Rules for the Bengal Legislative Council*; la sez. 12 dell'Allegato II alle *Rules for the United Provinces Legislative Council*; la sez. 9 dell'Allegato II alle *Rules for the Punjab Legislative Council*; la sez. 7 dell'Allegato II alle *Rules for the Bihar and Orissa Legislative Council*; la sez. 8 dell'Allegato II alle *Rules for the Central Provinces Legislative Council* (tutte le *rules* sono raccolte in H.N. Mitra (ed.), *The Government of India Act 1919, Rules Thereunder & Government Reports, 1920*, Sibpur, Mitter, 1921, pp. 186-242).

la necessità di risiedere nella provincia della propria *alma mater* per poter votare nella circoscrizione universitaria di appartenenza, ma pure per la condizione temporale dei sette anni dal conseguimento del titolo, introdotta probabilmente per permettere l'acquisizione di posizioni più moderate da parte dei laureati prima di esprimere la propria rappresentanza, e dunque evitare, ancora una volta, l'espressione di candidati radicali[107]. Anche in questo caso, le peculiarità indiane sono da sottolineare per l'influenza che avrebbero dovuto avere nel funzionamento dei distretti elettorali accademici dopo l'affrancamento dall'Impero.

La storia delle *university constituencies* nei *legislative councils* provinciali indiani procedeva, negli anni successivi alla novella legislativa del 1919, secondo traiettorie espansive, scandite dalle seguenti tappe: nel 1920 veniva riconosciuta una rappresentanza all'Università di Dacca; nel 1923 a quelle di Nagpur e di Rangoon – è interessante che in questo caso si fissava il minimo temporale dall'acquisizione del titolo per poter esercitare il diritto di voto a tre anni, e tale caratteristica sarebbe stata ereditata dall'India post indipendenza –; nello stesso anno i territori di Madras, Bombay e quello delle *United Provinces* riconoscevano il diritto di voto anche alle donne laureate nelle rispettive accademie; nel 1935, per effetto del nuovo *Government of India Act*[108], venivano accorpate le nuove università di alcune provincie nei distretti elettorali già esistenti – gli istituti di Andhra e Annamalai nella circoscrizione dell'Università di Madras, e quelli di Agra e Lucknow in quella dell'Università di Allahabad –; negli anni dal 1939 al 1947, sette degli undici *provincial councils* indiani (tra cui cinque in cui erano presenti seggi universitari) venivano sospesi, cosicché i distretti accademici avrebbero continuato ad esprimere propri rappresentanti solo nel Bengala e nel Punjab[109].

Le vicende dell'istituto, da questo momento, avrebbero dovuto mescolarsi con i dibattiti dell'Assemblea costituente indiana, di cui si tratterà nel prosieguo del discorso. Ciò che è importante sottolineare in questa sede, invece, è che quanto sin qui detto sembra dimostrare come lo stabilimento di circoscrizioni universitarie in India non sia stata una pedissequa imitazione della tipicità costituzionale britannica. In entrambi gli ordinamenti, la rappresentanza accademica rispondeva a specifiche preoccupazioni politiche che divergevano tanto nella sostanza quanto nelle implicazioni. In India i distretti universitari venivano istituiti insieme a numerose altre *special franchises*, e il numero di elettorati doveva crescere man mano che l'amministrazione britannica cercava di bilanciare i vari gruppi sociali ed etnici, espandendo al contempo la partecipazione politica. Nel Regno Unito, il processo è stato in gran parte opposto, in quanto al graduale allargamento dell'inclusione elettorale si affiancava una contemporanea riduzione delle vecchie franchigie speciali. A differenza dell'ordinamento britannico dunque, dove le università rimanevano, nella prima metà del XX Secolo, l'unico *franchise* a restituire deputati separati rispetto a quelli delle

[107] È di questo avviso J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 96.
[108] 25 & 26 Geo. 5. c. 42.
[109] Un *excursus* storico delle vicende del *franchise* universitario nel periodo 1919-1947 è in J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., pp. 96-101.

territorial constituencies, in India ciascuna delle varie circoscrizioni rappresentate nei consigli provinciali eleggeva i propri rappresentanti. A livello di strutture legislative, quindi, l'analisi comparativa della rappresentanza universitaria evidenzia come l'ampliamento dell'inclusione elettorale nel Regno Unito abbia proceduto lungo un percorso ampiamente integrativo, mentre in India il processo sia stato soprattutto disgregativo[110].

5.2 L'eredità del modello in alcuni Stati dell'Unione indiana

Secondo il Meisel i distretti elettorali universitari venivano sostanzialmente bollati come anacronistici dai padri costituenti indiani e, infine, abbandonati[111]. A sostegno di questa tesi, egli cita anche alcuni dibattiti dell'Assemblea costituente indiana, che dimostrano il sostanziale diniego verso l'introiezione dell'istituto a livello nazionale, tanto all'interno del *Lok Sabha* (la camera bassa) che del *Rajya Sabha* (la camera alta) di Nuova Delhi. L'Autore non prende però in considerazione il perdurare del modello introdotto nel Raj all'interno delle assemblee bicamerali degli Stati che compongono l'Unione, né tantomeno i dibattiti, che pure si sono svolti in Assemblea costituente, a proposito dell'introduzione della rappresentanza universitaria negli ordinamenti federati.

Ad oggi, in India, solo sei dei ventisei Stati (e nessuno degli otto territori) che compongono l'Unione (l'Andhra Pradesh, il Karnataka, il Telangana, il Maharashtra, il Bihar, e l'Uttar Pradesh) sono dotati di un parlamento bicamerale. L'evoluzione dell'assetto assembleare degli Stati ha subito diversi cambiamenti nel corso degli anni, e non tutti gli enti federati che oggi possiedono un'assemblea bicamerale sono sempre stati caratterizzati da tale struttura – così come non tutti gli ordinamenti sub-nazionali monocamerali hanno sempre adottato questo modello –, essendo possibile la creazione e dissoluzione dei senati statali tramite legge del Parlamento federale, a seguito di una richiesta della camera bassa locale a maggioranza dei due terzi dei votanti (articolo 169 Costituzione del 1950)[112].

Ad ogni modo, in tutti gli Stati che accolgono una camera alta, la composizione di questa si ripete omogenea, e ciò per diretto dettame costituzionale. In particolare, ai sensi dell'articolo 171, 1° co. della Costituzione del 1950, i *vidhan parishad*, o *legislative councils* (ossia le camere alte dei sei Stati che ne possiedono una), sono composti da un minimo di quaranta rappresentanti, e da non più di un terzo dei membri della *vidhan sabha*, o *legislative assembly* (la camera bassa) dello stesso parlamento statale[113]. I senatori, ai sensi dell'articolo 171, 3°

[110] Cfr. *Ibid.*, p. 112.
[111] Cfr. *Ibid.*, pp. 100-101.
[112] In particolare, dei sei Stati che attualmente possiedono un sistema bicamerale, il Bihar, il Maharashtra (erede della Provincia di Bombay), il Karnataka e l'Uttar Pradesh ne sono provvisti sin dall'entrata in vigore della Costituzione del 1950 (ma in realtà i loro consigli erano in attività già durante il Raj britannico, sebbene su territori parzialmente diversi dagli attuali). L'Andhra Pradesh lo ha introdotto nel 1958, abolito nel 1980, e reintrodotto nel 2007, mentre il Telangana lo ha introdotto nel 2014 (anno in cui lo Stato si è separato dall'Andhra Pradesh). Stati indiani che non hanno più un sistema bicamerale sono invece: il Madhya Pradesh e il Punjab, che hanno abolito la camera alta nel 1969, e il Jammu e Kashmir, che l'ha abolita nel 2019.
[113] Nello specifico, i membri dei *legislative councils* dei sei Stati che ne possiedono uno sono: 58 per l'Andhra Pradesh, 75 per il Karnataka, 40 per il Telangana, 78 per il Maharashtra, 75 per il Bihar, e 100 per l'Uttar Pradesh.

co., sono così scelti: un terzo è eletto dai membri dei consigli comunali e distrettuali, e da altre autorità locali eventualmente individuate per legge; un ulteriore terzo è eletto dai membri della *legislative assembly*; un sesto è nominato dal governatore del singolo Stato, che sceglie tra i cittadini che si sono distinti per meriti culturali, scientifici o sociali; un dodicesimo è eletto dai docenti delle scuole statali secondarie; un ulteriore dodicesimo è eletto dai residenti nello Stato in possesso di un titolo universitario (o equipollente) da almeno tre anni, ottenuto in una qualsiasi università indiana. I *legislative councils* sono organi permanenti, i cui membri si rinnovano per un terzo ogni due anni, e non sono soggetti a scioglimento anticipato (articolo 172, 2° co. Costituzione del 1950).

La camera alta dei sei Stati indiani che ne possiedono una è, così, un organo a composizione mista, dato che i suoi membri sono eletti con elezioni di secondo grado, eletti direttamente da due speciali categorie di cittadini, e nominati dall'organo monocratico governatoriale. Essa diviene, poi, il consesso di rappresentanza di interessi specifici, stante che le uniche elezioni dirette coinvolgono, nell'elettorato attivo, due classi molto specifiche di cittadini: i laureati e gli insegnanti secondari[114].

Il sistema elettorale per le quattro categorie elette è, come nel caso irlandese, quello del voto singolo trasferibile (anch'esso sancito direttamente in Costituzione, all'articolo 171, 4° co.). Nello specifico, per quanto concerne i seggi universitari (che vanno da un minimo di tre nel Telangana, a un massimo di otto nell'Uttar Pradesh), il fatto che possano essere elettori tutti i cittadini laureati residenti nello Stato, indipendentemente dall'*alma mater* di appartenenza, fa sì che la circoscrizione universitaria non sia legata a un singolo istituto accademico, ma invece a un territorio. In altre parole, il territorio di uno Stato viene suddiviso in tante circoscrizioni quanti sono i seggi universitari da allocare – e per il fatto di essere collegi uninominali, più che di voto singolo trasferibile deve parlarsi di voto alternativo –, e in ciascuno viene eletto un rappresentante dai laureati residenti in quel distretto che possiedono un titolo accademico da almeno tre anni. Non è, di conseguenza, ammesso il voto plurimo, stante che un singolo elettore, sebbene possa essere laureato in più di un istituto, esprimerà il suo voto solo in base alla circoscrizione di residenza, e solo una volta.

Le circoscrizioni elettorali universitarie possiedono, dunque, in India, almeno due caratteristiche del tutto peculiari rispetto a quelle introdotte nell'Impero britannico nei secoli precedenti: *a)* il fatto di richiedere almeno tre anni di possesso di un titolo accademico per poter esercitare il proprio diritto di voto e *b)* il fatto di essere, contrariamente alla regola tassonomica individuata anche nell'introduzione a questo lavoro, distretti territoriali.

Una breve analisi dei dibattiti all'Assemblea costituente può essere utile, a questo proposito, per sciogliere le motivazioni dietro queste due scelte. Nei primi due anni di lavori dell'Assemblea non si rintracciano riferimenti all'istituto, se non una sola volta, quando Ajit Prasad Jain (futuro terzo governatore del Kerala e Ministro dell'agricoltura nel Governo

[114] Un'analisi della composizione dei *legislative councils* è svolta da M.P. Jain, *Indian Constitutional Law*, 6° ed., Gurgaon, LexisNexis, 2011, pp. 318-320.

Nehru) riconosceva la possibilità di introdurre, a livello statale ma non anche nazionale, circoscrizioni speciali per le università[115].

Delle *university constituencies* non c'è traccia, invece, nella *Draft Constitution* elaborata dal *Drafting Committee* sulla base dei lavori delle commissioni dell'Assemblea, presentata nel febbraio 1948[116]. Nelle disposizioni dell'articolo 150 della bozza di Costituzione, infatti, si stabiliva che i membri dei *legislative councils* sarebbero dovuti essere scelti: per metà all'interno di quattro *panel* vocazionali (simili a quelli introdotti nel Senato irlandese nel 1937) dai rappresentanti delle varie categorie a questi appartenenti; per un terzo dalla *legislative assembly* statale; per la restante parte dal governatore dello Stato[117].

Quando la *Draft Constitution* veniva presentata nuovamente all'Assemblea costituente per la presentazione degli emendamenti e l'approvazione definitiva, l'articolo 150 doveva essere oggetto di una profonda modifica che, per quanto concerne l'istituto in esame, doveva discutersi nelle sedute del 30 luglio e del 19 agosto 1949. Nella prima, veniva presentata da Shibban Lal Saxena una nuova formulazione dell'articolo, in cui si prevedeva una composizione molto articolata delle camere alte statali, in cui il dieci percento dei membri sarebbe stato eletto all'interno di un collegio comprendente tutti i laureati delle università del singolo Stato, e il cinque percento dai membri dei senati accademici degli istituti locali[118]. Secondo il proponente, tale modalità di selezione si giustificava con motivazioni eminentemente epistocratiche, poiché «*the only proper function of the* [*Upper*] *Chambers can be to revise what the Lower Chambers have done and to give them expert advice on problems on which they legislate. Therefore, I think* […] *that the Upper Chamber must be composed of the intelligentsia of the provinces*», e a proposito del *franchise* universitario affermava: «*the graduates of universities are given 10 per cent. I think we all realize that today many of the intellectuals in the country are dissatisfied in that the representatives in the legislatures do not generally come from that class and it is important that we should not lose their co-operation. Therefore,* […] *I think that at least in the Upper Chambers, they should be provided for, so that they can help us with their learning in revising the Acts passed by the Lower House*»[119].

Nella sessione del successivo 19 agosto l'emendamento di Saxena veniva espunto, ma le sue suggestioni venivano raccolte dal Presidente del *Drafting Committee*, Bhimrao Ramji Ambedkar, che proponeva per il dibattito una nuova versione dell'articolo 150. In particolare, la prima formulazione di quello che sarebbe dovuto diventare l'articolo 171 della Co-

[115] «[*T*]*here might be some constituencies which are not territorial for example, the university and the labour Constituencies. So far as the provinces are concerned, we have decided that there would be territorial constituencies and there shall be no special constituencies. But in States it is possible that there may be some territorial and some non-territorial constituencies and some nominations as well*» (in *Constituent Assembly Debates*, vol. 4, 24 luglio 1947, 4.30.61, disponibile online in https://www.constitutionofindia.net/debates/24-jul-1947/#88425).

[116] Una ricostruzione delle vicende dell'Assemblea costituente indiana si trova in A.K. Thiruvengadan, *op. cit.*, pp. 31-34.

[117] Articolo 150, 2° co. *Draft Constitution* del 1948.

[118] *Constituent Assembly Debates*, vol. 9, 30 luglio 1949, 9.107.127, disponibile online in https://www.constitutionofindia.net/debates/30-jul-1949/.

[119] Le citazioni sono in *ibid*., 9.107.128.

ivo avrebbe dovuto essere composto da «*persons who have been for at least three years graduates of any university in the State*»[120]. A questa formulazione venivano mosse due critiche. Manmohan Das si schierava contro l'imposizione di una condizione temporale minima di godimento del titolo accademico per l'esercizio del voto[121], e proponeva di eliminare tale condizione dall'articolato; Vinayak Sitaram Sarwate dimostrava l'incoerenza del non permettere a un cittadino residente in uno Stato, ma laureato in un altro, di esprimere il proprio rappresentante nella circoscrizione universitaria locale, e proponeva la sostituzione delle parole «*in the State*» con «*in the territory of India*»[122].

Le caratteristiche delle *university constituencies* indiane dovevano nascere dalla mancata considerazione del Presidente del *Drafting Committee* Ambedkar nei confronti della prima proposta, che quindi decadeva, e nell'accoglimento dell'emendamento di Sarwate[123], che veniva invece approvato. I padri costituenti indiani decidevano, dunque, di conservare quella condizione temporale di godimento del titolo accademico ereditata dalla visione conservatrice imperiale, ma di disancorare il *franchise* universitario dall'appartenenza ad una determinata istituzione, ibridando i caratteri, richiamati all'inizio di questo scritto, del collegio elettorale come "ripartizione" e come "collettività", che coesistono all'interno del peculiare utilizzo dell'istituto da parte degli ordinamenti federati del Subcontinente.

6. La perdurante applicazione dell'istituto in Irlanda

Nella plurisecolare storia delle circoscrizioni elettorali universitarie, l'Isola d'Irlanda ha visto una loro applicazione continuata sin dal XVII Secolo, il che rende l'ordinamento il più longevo ad aver adottato l'istituto, e l'unico che ancora oggi lo utilizza nella selezione dei membri di un'assemblea nazionale, che nel caso di specie è il *Seanad* del Parlamento di Dublino. In Irlanda, inoltre, i rappresentanti scelti attraverso i collegi accademici sono particolarmente numerosi (sei su sessanta), rendendo il caso ancora più interessante, perché in assoluto quello in cui la rappresentanza universitaria è più cospicua – il dieci perc-

[120] *Constituent Assembly Debates*, vol. 9, 19 agosto 1949, 9.119.7, disponibile online in https://www.constitutionofindia.net/debates/19-aug-1949/#112039.

[121] «*I do not find any reason for imposing another condition that the graduateship should be at least of three years standing. I fail to understand what difference there will be between a graduate who has taken a degree yesterday or a few days back and a graduate of three years standing. If the sponsors of this article think that for maturity of the educational qualifications, an experience of at least three years should be there, I think three years experience will be insufficient and inadequate. There should be at least five years experience for the maturity of the qualification of graduateship*» (in *ibid*., 9.119.15, disponibile online in https://www.constitutionofindia.net/debates/19-aug-1949/#112047).

[122] Cfr. *ibid*., 9.119.79-81, disponibile online in https://www.constitutionofindia.net/debates/19-aug-1949/#112111.

[123] «*Mr. Vice-President, Sir, out of the amendments that have been moved, I am prepared to accept the amendments moved by Mr. Sarwate. I think he has spotted a real difficulty in the draft as it stands. The draft says- 'University in the State'. It is quite obvious that there are many States with at present no university. All the same there are graduates from other Universities who are residing in that State. It is certainly not the intention to take away the right of a graduate residing in a State to participate in the elections to the Upper Chamber merely because he does not happen to be a graduate of a University in that particular State. In order therefore to make the way clear for graduates residing in the particular State, I think this amendment is necessary and I propose to accept it*» (in *ibid*., 9.119.109, disponibile online in https://www.constitutionofindia.net/debates/19-aug-1949/#112141).

ento di membri dell'assemblea legislativa è una soglia mai raggiunta prima in altri ordinamenti.

Nei prossimi paragrafi si analizzeranno le *university constituencies* irlandesi in prospettiva diacronica, dalla loro introduzione nel Parlamento vassallo di Dublino, sino alle discussioni in sede costituente, all'indomani dell'affrancamento da Londra. Si osserveranno i dibattiti che hanno circondato l'istituto, e i tentativi di riforma che sono stati proposti nel corso dei decenni. Si indagheranno, infine, le peculiarità dei distretti universitari irlandesi, e la novella legislativa del 2024, che tenta di "democratizzare" il collegio accademico ma senza denaturarlo, rispettando quelle che sono, a tutti gli effetti, le regole di rappresentanza epistocratica ormai tipiche dell'ordinamento costituzionale dell'Isola.

6.1 Le circoscrizioni universitarie prima dell'affrancamento da Londra

È noto come, prima dell'Atto di Unione del 1800, l'Irlanda fosse un ordinamento formalmente indipendente ma sostanzialmente vassallo di Londra. Il dominio inglese veniva stabilito nel 1171, anno in cui Enrico II istituiva il *Dominium Hiberniae*, e si proclamava Signore dell'Isola[124]. A partire dal 1542, con il *Crown of Ireland Act*[125] approvato dal Parlamento di Dublino, la Signoria veniva sostituita dal Regno d'Irlanda, ed Enrico VIII diventava primo sovrano del nuovo Stato, che era a tutti gli effetti una dipendenza inglese nella forma di vicereame[126]. In questo periodo, l'assemblea parlamentare irlandese (monocamerale fino al 1537), doveva iniziare a strutturarsi sul modello di quella di Westminster, con una Camera dei Lord di nomina regia e una Camera dei Comuni eletta da un *franchise* molto ridotto, sostanzialmente propedeutico al mantenimento del controllo politico da parte della minoranza protestante (la c.d. *Protestant Ascendancy*)[127].

È proprio in questo Parlamento che, nel 1613, Giacomo I riconosceva una rappresentanza di due membri all'Università di Dublino. Fondato nel 1592 con un preciso afflato protestante[128], e su modello di quelli di Oxford e Cambridge, l'Ateneo dublinese doveva infine coincidere con l'unico *college* che sarebbe stato istituito al suo interno, il *Trinity*, che sarebbe quindi diventato l'istituto accademico rappresentato nell'assemblea irlandese, in quegli anni oggetto di una ridefinizione circoscrizionale al fine di garantire alla minoranza protestante la maggioranza parlamentare[129].

Roccaforte dei realisti e degli anglicani, il *Trinity College* doveva conformarsi, durante il XVII Secolo, alle tendenze monarchiche delle università inglesi, il che non deve sorprendere, visto che il *provost* a capo dell'istituto era di nomina regia. Durante l'Interregno, sebbene le università di Oxford e Cambridge, come si è visto, continuassero a essere rappres-

[124] Cfr. C. Veach, *Conquest and Conquerors*, in B. Smith (ed.), *The Cambridge History of Ireland. Volume I. 600-1550*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 157-181, e spec. 160-166.
[125] 33 Hen. 8 c. 1 (I).
[126] Cfr. C. Brady, *Politics, Policy and Power, 1550–1603*, in J. Ohlmeyer (ed.), *The Cambridge History of Ireland. Volume II. 1550-1730*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 23-47, 31.
[127] Cfr. D. Edwards, *Political Change and Social Transformation, 1603–1641*, in *Ibid*., pp. 48-71, 67.
[128] Sul punto cfr. C. Lennon, *Protestant Reformations, 1550-1641*, in *Ibid.,* pp. 196-219, 209.
[129] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., p. 14.

entate in qualche forma a Londra, il collegio elettorale dell'Università di Dublino doveva essere abolito con l'*Instrument of Government*, essendo la sua rappresentanza assorbita dal collegio elettorale di due membri della *County and City of Dublin* nel Parlamento unito del *Commonwealth* (in cui l'Irlanda si vedeva riconosciuti 30 dei 460 membri totali). I seggi accademici venivano ripristinati nel 1660 con la ricostituzione del Parlamento irlandese sotto la Restaurazione stuartiana[130].

La condizione del *College* di Dublino come baluardo della monarchia nella rappresentanza dell'Isola doveva mantenersi immutata durante il Secolo successivo. Tra il 1717 e il 1794, solo tre uomini avrebbero occupato la posizione di *provost* dell'Università, e tutti erano politicamente attivi nell'influenzare gli esiti delle elezioni nel distretto accademico, cosa che veniva facilitata dall'esiguità numerica dell'elettorato attivo, che alla fine del Secolo contava solo 22 *fellows* e 70 *scholars*[131].

Con lo scioglimento del Parlamento irlandese in seguito all'Atto di Unione del 1800, il collegio accademico di Dublino sopravviveva come uno dei 100 seggi irlandesi aggiunti all'Assemblea di Westminster. Il *Trinity*, dunque, non solo perdeva uno dei suoi due seggi, ma il trasferimento della sua rappresentanza in Inghilterra doveva significare anche che l'istituto si venisse a trovare svincolato dalla considerevole influenza di cui aveva goduto in precedenza, nonché dal patrocinio e dal sostegno che gli erano stati forniti dalle famiglie aristocratiche dell'Isola. Forse come conseguenza di questo sommovimento, il collegio elettorale perdeva la sua coesione autocratica, e dall'inizio del XIX Secolo il seggio universitario di Dublino veniva regolarmente conteso a ogni elezione politica[132].

Si sono già visti, nel paragrafo 3.2, le vicissitudini dei seggi universitari irlandesi dopo l'unione dei due regni. Come si ricorderà, le tappe fondamentali dell'istituto tra il 1800 e il 1922 sono tre. La prima doveva realizzarsi con il già menzionato articolo 11 del *Reform Act 1832*[133], che disponeva l'elezione di un secondo membro da parte del *Trinity College* e, soprattutto, ne ampliava l'elettorato attivo (che passava dai soli 90 ai circa 2.000 aventi diritto[134]), permettendo l'esercizio del voto (*ex* articolo 60) anche ai maggiori di ventuno anni possessori di un «*Degree of Master of Arts, or any higher Degree, or a Scholarship or Fellowship in the said University*». Come evidenziato, l'importanza della novella legislativa è da rinvenirsi: *a)* nella capacità di consentire il voto ai cattolici – e dunque nel ridimensionamento del collegio accademico di Dublino come espressione del potere anglicano[135] –, e *b)* nell'aver aperto la pista all'ampliamento del *franchise* universitario anche ai possessori di un titolo ottenuto nell'istituzione coincidente col collegio elettorale (piuttosto che soltanto ai membri del

[130] Cfr. *Ibid.*, p. 15.
[131] Cfr. *Ibid.*, p. 17.
[132] Cfr. *Ibid.*, p. 18.
[133] 2 & 3 Will. 4. c. 45.
[134] N. Johnston, *The History of the Parliamentary Franchise. House of Commons Library Research Paper 13/14*, cit., p. 27.
[135] Cfr. J.S. Meisel, *Knowledge and Power*, cit., pp. 25-26.

corpo accademico), caratteristica che, nelle espressioni contemporanee dell'istituto (ossia negli ordinamenti indiano e irlandese), rimane attributo essenziale per definirlo.

La seconda tappa, nel 1918, avveniva con il *Redistribution of Seats (Ireland) Act 1918*[136], con cui, almeno per i pochi anni che separavano la nuova legislazione dalla nascita dell'*Irish Free State*, i rappresentanti delle università irlandesi a Westminster sarebbero stati quattro: i due già riconosciuti al *Trinity College*, quello allocato alla *Queen's University Belfast*, e quello espresso dalla *National University of Ireland*.

Infine, la terza tappa è quella scandita dagli eventi che hanno preceduto la nascita dell'*Irish Free State*. Nel dividere l'Isola in due territori devoluti all'interno del Regno, il *Government of Ireland Act 1920*[137] continuava a rappresentare sia il *Trinity College* (due membri) che la *National University of Ireland* (uno) a Westminster, prevedendo anche quattro rappresentanti per ciascuna istituzione nella Camera bassa del neoistituito Parlamento dell'Irlanda del Sud, riunitosi una sola volta nell'estate 1921 per la defezione della quasi totalità dei suoi membri, che invece decidevano di partecipare ai lavori del secondo *Dáil Éireann* (organo legislativo di autogoverno creato dagli indipendentisti nel 1919)[138]. Nell'unica convocazione dell'Assemblea (quella, appunto, del giugno 1921) dei 128 membri della Camera dei Comuni di Dublino, dovevano partecipare alla prima (e ultima) seduta parlamentare solo in quattro, ossia gli unici unionisti del consesso, che non a caso coincidevano con quelli eletti nel distretto universitario del *Trinity College* – mentre i 120 eletti nelle circoscrizioni territoriali, e i quattro eletti nel distretto della *National University of Ireland* appartenevano tutti allo *Sinn Féin*, e decidevano, come detto, di non partecipare ai lavori dell'Assemblea, per riunirsi invece nel *Dáil Éireann* nazionalista[139].

Allo stesso modo, ai sensi dell'atto del 1920, la *Queen's University* di Belfast continuava ad inviare un membro alla *House of Commons*, e otteneva quattro seggi nel Parlamento di Stormont[140], che sarebbe rimasto in funzione fino al ristabilimento della *direct rule* nel 1972. In questa Assemblea, la *Queen's University* avrebbe continuato a eleggere propri rappresentanti fino al 1968, anno in cui l'articolo 1 dell'*Electoral Law Act (Northern Ireland)* aboliva il distretto universitario, sostituiva i suoi quattro seggi con altrettanti di tipo territoriale, e decretava la fine definitiva, in territorio britannico, del voto plurimo.

Nel Sud, invece, con il trattato anglo-irlandese del 1921, e l'istituzione dello Stato libero come *dominion* del *Commonwealth* l'anno seguente, la rappresentanza delle università di Dublino passava interamente al *Dáil Éireann*, nel quale il *Trinity College* e la *National University*

[136] 7 & 8 Geo. 5. c. 65.
[137] 10 & 11 Geo. 5. c. 67.
[138] Una ricostruzione degli eventi costituzionali del periodo è in A.J. Ward, *The Irish Constitutional Tradition. Responsible Government and Modern Ireland, 1782-1992*, Washington (DC), Catholic University of America Press, 1994, pp. 153-156.
[139] Cfr. *Ibid.*, p. 109, 154.
[140] Le disposizioni in oggetto erano contenute nell'Allegato 5 al *Government of Ireland Act 1920*.

ottenevano, ai sensi dell'articolo 27 della nuova Costituzione[141], tre seggi ciascuna. I dibattiti costituenti dimostrano come, per la prima volta nelle isole britanniche, si discutesse di inserire la rappresentanza universitaria all'interno della Camera alta dell'assemblea legislativa. Infatti, nella bozza di carta costituzionale presentata dai governi britannico e irlandese al terzo *Dáil Éireann* (che svolgeva anche il ruolo di assemblea costituente)[142], si prevedeva un Senato composto da 60 membri, di cui quattro inviati dalle due università di Dublino, e 56 eletti direttamente dai cittadini che avessero raggiunto i trent'anni di età[143]. Del resto, la rappresentanza universitaria si legava strettamente con l'introduzione di una seconda camera, anzitutto in un momento di negoziati tra nazionalisti e unionisti, con questi ultimi che chiedevano maggiori garanzie di veder rappresentati i propri interessi all'interno dell'assemblea parlamentare del nuovo ordinamento. In questo senso, i membri universitari – e in particolare quelli protestanti verosimilmente inviati dal *Trinity College* – avrebbero dovuto aiutare a bilanciare gli equilibri all'interno di un consesso legislativo a maggioranza nazionalista[144]. I dibattiti sulla bozza di costituzione, iniziati nel *Dáil* a partire dal settembre 1922, dovevano però condurre, soprattutto a seguito degli interventi degli stessi rappresentanti universitari ivi presenti (e *in primis* del Professor Magennis, che proponeva l'emendamento), al trasferimento dei seggi accademici dalla Camera alta a quella bassa e, come visto, al loro aumento da due a tre per ciascun istituto, garantendo la partecipazione degli accademici ai lavori della camera intestataria della quota maggioritaria di potere legislativo, ma diluendone anche il peso specifico rispetto a quello che avrebbero potuto avere nel Senato[145].

La riserva di legge prevista dall'articolo 27 della Costituzione del 1922, che rimandava a un atto del Parlamento per la regolamentazione delle circoscrizioni universitarie, trovava applicazione nell'*Electoral Act 1923*[146], che individuava (all'articolo 1, 1° co.) l'elettorato attivo del *franchise* universitario (coincidente con tutti i laureati, uomini e donne, dei due istituti accademici irlandesi), e decideva (all'articolo 1, 5° co.) di escludere il voto plurimo, stabilendo che il cittadino che risultasse elettore in più di un distretto (ossia in uno accademico e in uno territoriale) avrebbe dovuto decidere in quale registrarsi. Si trattava, in questo caso, di una scelta che si discostava non soltanto dalla legislazione britannica per come

[141] *Constitution of the Irish Free State (Saorstát Eireann) Act, 1922*. L'articolo 27 statuiva che: «*Each University in the Irish Free State (Saorstát Eireann), which was in existence at the date of the coming into operation of this Constitution, shall be entitled to elect three representatives to Dáil Eireann upon a franchise and in a manner to be prescribed by law*».
[142] Le vicissitudini della redazione della Costituzione del 1922 sono ricostruite in A.J. Ward, *op. cit.*, pp. 167-179, e soprattutto in L. Cahillane, *Drafting the Irish Free State Constitution*, Manchester, Manchester University Press, 2016.
[143] Articolo 30 della *Draft Constitution of the Irish Free State*. Il testo della bozza è raccolto in D. Figgis, *The Irish Constitution Explained*, Dublin, Mellifont Press, 1922, pp. 63-95.
[144] Sui negoziati rispetto alla composizione del Senato, e in particolare sulla rappresentanza accademica, si vedano D.J. O'Sullivan, *The Irish Free State and its Senate. A Study in Contemporary Politics*, London, Faber & Faber, 1940, pp. 73-82, e spec. 79, oltre a A.J. Ward, *op. cit.*, pp. 237-238.
[145] Il dibattito è richiamato da L. Cahillane, *op. cit.*, pp. 70-71. Sul punto si v. anche la ricostruzione che svolge D.J. O'Sullivan, *op. cit.*, pp. 84-85.
[146] *Act no. 12/1923.*

storicamente sviluppatasi, ma anche da quella che, come si è visto, regolava i quattro seggi universitari nell'Assemblea nordirlandese di Stormont, nonché da quella operata nella Carta del 1937.

La storia del *franchise* universitario in Irlanda si sarebbe legata, a partire dagli anni Trenta, con quella del movimento politico di de Valera, che avrebbe condotto alla stesura della nuova Costituzione repubblicana.

6.2 L'adozione dell'istituto nella Costituzione del 1937

Le vicende costituzionali delle circoscrizioni elettorali accademiche conoscono, nel quinquennio di transizione verso l'affermazione dell'ordinamento repubblicano, alterne vicende, legate alla natura e alla connotazione politica dei rappresentanti delle università, e ai fatti partitici nazionali.

Come noto, nel 1926, de Valera lasciava lo *Sinn Féin* per fondare il *Fianna Fáil*, che a partire dal 1927 entrava al *Dáil* come principale partito di opposizione, e dal 1932 conquistava la maggioranza relativa dei seggi nella Camera elettiva, apprestandosi a governare il Paese (inizialmente in coalizione con i laburisti) verso la transizione dal vecchio al nuovo ordine[147].

All'indomani dell'approvazione dello Statuto di Westminster, gli anni dal 1932 al 1937 sono caratterizzati da riforme costituzionali incrementali, implementate dal nuovo Governo con lo scopo di tagliare gli ultimi collegamenti con l'antico ordinamento colonizzatore[148], e favorite dalla possibilità – prevista dall'articolo 50 della Costituzione del 1922 – di emendare la Carta, nei primi otto anni di vita (poi estesi a sedici con una revisione del 1929), per mezzo della legislazione ordinaria[149].

Così, nel 1933 si approvavano emendamenti per eliminare la previsione di conformità della Costituzione al Trattato anglo-irlandese; si rimuoveva il giuramento di fedeltà dei membri del Parlamento di Dublino al sovrano britannico; si aboliva la giurisdizione del *Privy Council* come giudice di ultimo grado per le cause provenienti dall'Isola; si eliminava la possibilità, per il Governatore generale, di rifiutare l'apposizione dell'assenso reale su leggi approvate dall'*Oireachtas*.

Nel 1934, de Valera istituiva un *Constitution Committee* con lo scopo di valutare ulteriori revisioni alla Carta[150], e l'anno successivo introduceva esplicitamente la possibilità di redigere una nuova costituzione, affidando la stesura di una prima bozza al consigliere legislativo del *Department of External Affairs*, John Hearne[151].

Negli anni che precedevano l'approvazione, nel luglio 1937, della nuova Costituzione tramite plebiscito, sarebbero state approvate altre tre fondamentali revisioni al documento del 1922, che volevano porre definitivamente fine all'architettura costituzionale del *domin-*

[147] Cfr. O. Doyle, *The Constitution of Ireland. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland, Hart, 2018, p. 9.
[148] Cfr. G. Hogan, *The Origins of the Irish Constitution, 1928-1941*, Dublin, Royal Irish Academy, 2012, p. 28.
[149] Le vicende costituzionali del periodo transitorio 1932-37 sono ben documentate in A.J. Ward, *op. cit.*, pp. 224-238.
[150] Sul punto, si v. G. Hogan, *op. cit.*, pp. 33-48.
[151] Cfr. *Ibid.*, p. 152.

ion irlandese: l'eliminazione dei distretti universitari (23° emendamento, del 23 aprile 1936); l'abolizione del *Seanad* (24° emendamento, del 29 maggio 1936); la soppressione della figura del Governatore generale e la rimozione di qualsiasi riferimento al monarca britannico nel testo costituzionale (27° emendamento, dell'11 dicembre 1936).

Per quanto di interesse in questo studio, è fondamentale la prima di queste riforme, ossia l'eliminazione della rappresentanza universitaria dal *Dáil* a seguito dell'approvazione del *Constitution (Amendment No. 23) Act 1936*[152]. Come già detto, l'introduzione dei distretti universitari (come pure l'istituzione di una camera alta) rientrava tra i risultati dell'accordo raggiunto tra nazionalisti e unionisti nel 1922, per veder garantiti questi ultimi di una maggiore rappresentanza all'interno dell'assemblea legislativa di Dublino. In particolare, si presupponeva (come poi effettivamente constatabile in via di prassi) che i tre membri dell'Università di Dublino sarebbero stati espressione degli unionisti, e quelli della *National University of Ireland* dei nazionalisti moderati. In effetti, ancora alle elezioni del 1932 (che pure consegnavano al partito di de Valera la maggioranza relativa dei seggi), i tre rappresentanti del *Trinity College* erano membri della minoranza protestante, contraria all'affrancamento dal *Commonwealth*, mentre dei tre inviati dalla *National University*, solo uno afferiva al *Fianna Fáil*, essendo gli altri due legati al *Cumann na nGaedheal* del Primo Ministro uscente Cosgrave, di tendenze moderate, e favorevoli al mantenimento dell'ordine costituzionale instaurato dal Trattato anglo-irlandese[153].

È proprio per eliminare questa forma di opposizione, connaturata alla natura stessa della rappresentanza universitaria irlandese (stante il profilo dei laureati dei due istituti), che veniva ad essere introdotto, nel 1934, il progetto di legge costituzionale volto a sopprimere i distretti accademici[154]. Il Governo de Valera, nel presentare il *bill*, esponeva tre motivazioni per procedere in tal senso, che avevano poco a che vedere con i reali motivi della scelta politica, e che concernevano: la disproporzionalità nel rapporto elettori/eletti tra i distretti territoriali e quelli universitari; la convenienza che un *franchise* composto da cittadini dotti fosse redistribuito nei collegi territoriali (stante, come accennato, il divieto di voto plurimo); la presenza di un numero eccessivo di elettori registrati nei collegi accademici ma residenti all'estero[155]. Sebbene il progetto di legge vedesse sia i membri universitari, sia la minoranza unionista esprimersi in senso contrario durante il dibattito nelle due camere, e nonostante l'apposizione del veto sospensivo da parte del Senato nel luglio 1934, il testo,

---

[152] *Act no. 17/1936.*

[153] *TDs & Senators (7th Dáil)*, in *Houses of the Oireachtas*, disponibile online in https://www.oireachtas.ie/en/members/tds/?term=%2Fie%2Foireachtas%2Fhouse%2Fdail%2F7.

[154] Un'ampia ricostruzione della vicenda costituzionale e dei motivi legati alla soppressione della rappresentanza universitaria è svolta in D.J. O'Sullivan, *op. cit.*, pp. 412-417. Dell'abolizione delle circoscrizioni accademiche doveva trattarsi già nel 1931, durante l'*ard-fheis* (ossia l'assemblea di partito) del *Fianna Fáil*, quando veniva anche votata una mozione sul programma del partito per introdurvi la soppressione dei collegi (sul punto D.K. Coffey, *Constitutionalism in Ireland, 1932-1938. National, Commonwealth, and International Perspectives*, Cham, Palgrave-MacMillan, 2018, p. 73).

[155] Cfr. *Dáil Éireann debate – Tuesday, 8 May 1934, Vol. 52 No. 5*, disponibile online in https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/1934-05-08/29/.

che espungeva dalla Costituzione l'articolo 27, doveva infine essere riapprovato da *Dáil* a maggioranza *Fianna Fáil* il 23 aprile 1936[156]. All'emendamento avrebbe fatto seguito anche una nuova legislazione, l'*Electoral (University Constituencies) Act 1936*[157], introdotta per eliminare le antinomie presenti all'interno dell'*Electoral Act 1923* rispetto alla rappresentanza universitaria.

Ad ogni modo, l'espunzione dei distretti elettorali accademici dall'ordinamento irlandese sarebbe dovuta risultare una parentesi, piuttosto che un punto di arrivo definitivo, operando i suoi effetti solo nelle elezioni del giugno 1937, le ultime svoltesi sotto la previgente Costituzione.

Il *modus* in cui si è sviluppato il processo redazionale della Carta repubblicana non permette di cogliere appieno i motivi per cui si decideva, infine, di reintrodurre la rappresentanza universitaria all'interno della nuova Camera alta[158], che veniva a sua volta riammessa nell'architettura costituzionale irlandese – la possibilità era contemplata già poche settimane dopo la soppressione del vecchio *Seanad*, quando de Valera istituiva una *Second House Commission* per studiare la fattibilità – con una nuova composizione e nuove funzioni, in modo da poter essere utile ed efficace consesso di riflessione, piuttosto che mero freno alle politiche attuate dalla maggioranza dell'assemblea bassa elettiva[159].

Nella Costituzione del 1937, la disciplina del nuovo *Seanad* è contenuta negli articoli 18 e 19. Ai sensi del primo, la Camera alta di Dublino è composta da 60 membri, dei quali 11 nominati dal *Taoiseach*, tre eletti dai laureati della *University of Dublin,* tre da quelli della *National University of Ireland*, e 43 eletti in cinque *vocational panels* a carattere corporativo (rispettivamente nelle categorie *Administrative*, *Agricultural*, *Cultural and Educational*, *Industrial and Commercial* e *Labour*) da un collegio composto da deputati, senatori e consiglieri locali.

L'inserimento di una rappresentanza universitaria separata da quella di carattere corporativo, e scelta attraverso un'elezione diretta invece che di secondo grado, è assolutamente centrale per definire la natura delle *university constituencies* come categoria di distretto elettorale a sé stante rispetto al più ampio contenitore tassonomico di "collegio non territoriale" di cui si è parlato nell'introduzione. Il costituente irlandese, in altre parole, sembrava ritenere che, nell'ambito di una tradizione giuridica cui l'Isola era ormai assuefatta da secoli, la rappresentanza universitaria dovesse essere allocata all'interno della Camera alta portatrice degli interessi settoriali della Nazione, piuttosto che in quella espressione della totalità della cittadinanza. Nel compiere questa scelta, però, egli riaffermava una visione epistocratica della rappresentanza, in quanto: *a)* i senatori universitari non erano, né sono, meri

[156] Cfr. D.J. O'Sullivan, *op. cit.*, pp. 416-417.
[157] *Act no. 22/1936.*
[158] Non specifica le motivazioni né i dibattiti in sede di redazione della nuova Carta neppure D.K. Coffey, *Drafting the Irish Constitution, 1935-1937. Transnational Influences in Interwar Europe*, Cham, Palgrave-MacMillan, 2018, pp. 148-152, che invece si limita a richiamare le diverse formulazioni con cui il costituente inseriva, nelle varie bozze del testo, la rappresentanza universitaria.
[159] Sul punto, si v. G. Hogan, *op. cit.*, pp. 196-198.

imento di un titolo accademico, e dunque rappresentanti di una generalità piuttosto che di una specifica categoria sociale; e *b)* il peso specifico dei membri accademici doveva crescere ulteriormente rispetto all'ordinamento precedente; infatti, sebbene allocati in una Camera di riflessione, i senatori eletti nei distretti universitari compongono il dieci percento dell'assemblea, mentre prima del 1937 essi rappresentavano solo il quattro percento dei 158 membri del *Dáil*.

La riserva di legge cui l'articolo 18, 6° co. della Costituzione del 1937 rimandava per la regolamentazione delle elezioni nelle circoscrizioni universitarie doveva trovare concretizzazione nel *Seanad Electoral (University Members) Act 1937*[160], approvato poco prima dell'entrata in vigore della nuova Carta. L'atto individua, anzitutto, l'estensione dell'elettorato attivo (articolo 7), riconoscendo il diritto di voto a tutti i cittadini irlandesi maggiori di ventun anni (limite poi abbassato a diciotto anni con l'articolo 3 dell'*Electoral (Amendment) Act, 1973*[161]) che abbiano ottenuto un titolo universitario dalla *University of Dublin* o dalla *National University of Ireland*. L'articolo 6 riammette (dopo il divieto imposto durante il periodo 1922-1936) il voto plurimo, per cui un cittadino in possesso di un diploma in entrambi gli istituti può scegliere il proprio rappresentante in ambedue le circoscrizioni, purché iscritto al *register of electors* di entrambe. L'articolo 22 stabilisce che, come per tutte le elezioni irlandesi, il sistema elettorale adottato per la scelta dei membri universitari del *Seanad* è quello del voto singolo trasferibile, e che l'unico metodo di voto contemplato è quello per posta, per cui l'elettore è tenuto a reinviare al *returning officer* della propria *university constituency* (che nel caso *University of Dublin* è il *provost* del *Trinity College*, e in quello della *National University of Ireland* è il vice-rettore dell'Ateneo) la scheda elettorale, insieme con il modulo di dichiarazione di identità.

I timori di de Valera di vedersi mettere in minoranza in Senato anche a causa dei rappresentanti universitari esplicitamente schierati con i partiti di opposizione dovevano rivelarsi infondati, stante che la stragrande maggioranza dei senatori eletti nelle *university constituencies* a partire dalle elezioni del 1938 doveva rientrare nelle fila degli indipendenti. Dei 56 rappresentanti delle università che si sono susseguiti nel corso dei quasi 90 anni di storia costituzionale repubblicana, solo otto hanno fatto parte (in una fase o per l'intera vita del proprio mandato) di un partito politico. Di questi, cinque (tra i quali anche due presidenti della Repubblica, Mary Robinson e l'attuale Capo di Stato Michael D. Higgins) sono stati membri dei Laburisti, uno del *Fianna Fáil*, uno del *Fine Gael*, e uno della *Human Dignity Alliance*.

6.3 Le proposte e i tentativi di riforma

Nel momento in cui entrava in vigore la Costituzione del 1937, le uniche istituzioni irlandesi di istruzione superiore che potevano fregiarsi del titolo di università erano la *University of Dublin* e la *National University of Ireland*. Tale situazione era destinata a cambiare quando,

[160] *Act no. 30/1937.*
[161] *Act no. 3/1973.*

ity. L'istituzione di nuovi istituti accademici avrebbe potuto comportare l'inizio di un dibattito sull'ampliamento del *franchise* universitario, ma la proposta di una revisione costituzionale per permettere l'ingresso di ulteriori atenei tra i titolari del diritto di rappresentanza alla Camera alta di Dublino doveva in realtà prendere il via dalla proposta, da parte del Governo, di suddividere la *National University of Ireland* in tre distinte università a Cork, Galway e Dublino (come si ricorderà, infatti, l'Università nazionale irlandese era stata fondata nel 1908 dalla federazione dei vecchi *Queen's colleges* di Cork e Galway con il *Jesuit University College* di Dublino), e dunque dai problemi di ordine pratico che il testo costituzionale – che elenca esplicitamente le due università titolari del diritto di voto – avrebbe potuto comportare[162].

L'emendamento alla Costituzione, che veniva approvato in una consultazione referendaria del 5 luglio 1979 dal 92,4% dei voti[163], e promulgato dal Presidente della Repubblica il 3 agosto successivo, modificava il testo della Carta prevedendo l'inserimento di due ulteriori capoversi all'articolo 18, 4° co. della Costituzione, in base ai quali si riservava alla legge ordinaria la possibilità di modificare le istituzioni accademiche che potevano eleggere i senatori attribuiti alle circoscrizioni universitarie[164].

Nonostante la possibilità di ampliare il *franchise* accademico venisse contemplata già dal 1979, l'implementazione della revisione costituzionale doveva arrestarsi per molti decenni, anzitutto per la decisione di non disaggregare la *National University of Ireland* – i tre *colleges* che ne facevano parte diventavano *constituent universities* nel 1997, restando dunque all'interno della federazione accademica –, e nonostante la fondazione di nuovi istituti di istruzione superiore.

Un primo progetto di legge volto a dare attuazione alla disposizione costituzionale novellata nel 1979 veniva presentato solo nel 2014[165], e prevedeva di affiancare, ai due distretti elettorali già riconosciuti alla *University of Dublin* e alla *National University of Ireland*, un ulteriore collegio, scaturito dalla divisione del *Cultural and Educational vocational panel* in due collegi, il primo (l'*educational constituency*), allocante quattro seggi, in cui il diritto di voto sarebbe stato attribuito a tutti i cittadini maggiorenni possessori di un diploma universitario ott-

[162] Sul punto, si veda quanto detto dal Ministro per l'educazione Wilson in occasione della seconda lettura del progetto di revisione costituzionale, in *Dáil Éireann debate – Tuesday, 22 May 1979, Vol. 314 No. 7*, disponibile online in https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/dail/1979-05-22/37/.

[163] Come noto, infatti, in Irlanda i referendum costituzionali, con cui gli elettori decidono se approvare o meno un emendamento alla Carta, sono obbligatori ai sensi dell'art. 46 della Costituzione, che sancisce come le proposte di emendamento debbano iniziare il proprio esame nella Camera bassa del Parlamento di Dublino, essere approvati da entrambi i rami dell'organo legislativo, e successivamente sottoposti a consultazione popolare. In caso di esito favorevole, il Presidente della Repubblica è tenuto a promulgare la legge che introduce la revisione, la quale diviene parte del testo costituzionale.

[164] In particolare, l'articolo 18, 4° co., secondo capoverso della Costituzione sancisce quanto segue: «La legge può prevedere l'elezione […] da parte di una o più delle seguenti istituzioni: (i) le università di cui al comma 1° del presente articolo, (ii) qualsiasi altro istituto di istruzione superiore dello Stato, di un numero di membri del *Seanad Éireann* stabilito per legge in sostituzione di un numero uguale di membri da eleggere ai sensi dei paragrafi (i) e (ii) del suddetto comma 1°. Uno o più membri del *Seanad Éireann* possono essere eletti ai sensi del presente capoverso da istituti aggregati o da un unico istituto» (trad. mia).

[165] Si tratta del *Seanad Electoral (Panel Members) (Amendment) Bill 2014, Bill no. 42/2014.*

enuto in un istituto diverso dai due già riconosciuti, e il secondo (la *cultural constituency*) allocante altri quattro seggi secondo le modalità già previste (elezione di secondo grado) per l'elezione dei membri dei *panel* vocazionali. Il progetto di legge, che aveva la natura di un *private member's bill*, non doveva iniziare neppure la seconda lettura, e decadeva con lo scioglimento del *Dáil* del 3 febbraio 2016.

Prima di essere abbandonata, la proposta di legge del 2014 doveva però trovare l'approvazione di un *Working Group on Seanad Reform* che pubblicava il suo rapporto (il c.d. *Manning Report*[166]) nel marzo 2015. Annunciato dal *Taoiseach* Kenny davanti al *Dáil* nel novembre 2014, e istituito il 7 dicembre successivo, il gruppo di lavoro (formato da senatori provenienti da diversi partiti e membri della società civile) veniva costituito con lo scopo di studiare la riforma della Camera alta di Dublino dopo la bocciatura della sua soppressione nel referendum costituzionale svoltosi nell'ottobre 2013[167]. Il Rapporto proponeva un Senato composto ancora da 60 membri, ma così scelti: 11 nominati dal *Taoiseach*, sei eletti dai laureati delle due università già riconosciute dalla Costituzione, e 43 nei cinque *panel* vocazionali già previsti, ma in modo che, di questi, 13 venissero scelti con elezione indiretta dal già citato collegio composto da deputati, senatori e consiglieri locali, e altri 30 con elezione diretta da cittadini registrati in uno dei *panel*. In particolare, in quello dedicato al settore *Cultural and Educational*, i sei senatori direttamente eletti sarebbero stati scelti dai laureati di tutte le università riconosciute dallo Stato, che avrebbero però dovuto scegliere se votare per i sei rappresentanti delle due circoscrizioni universitarie già riconosciute, ovvero per quelli presenti nel relativo *panel* vocazionale[168]. La proposta del gruppo di lavoro mirava, in altre parole ad estendere ulteriormente il *franchise* universitario, permettendo ai laureati (i quali avrebbero però perso la possibilità di voto plurimo) di eleggere direttamente 12 senatori.

Sebbene anche le proposte del *Manning Report* non dovessero trovare prosieguo nel dibattito parlamentare, le sue conclusioni venivano riprese da un secondo gruppo di lavoro, istituito dal *Taoiseach* Varadkar nel 2018, con lo scopo precipuo di implementare le previsioni del Rapporto elaborato tre anni prima. Nell'esprimere la volontà di riunire il nuovo comitato, Varadkar si trovava a dire, a proposito delle circoscrizioni universitarie, come «[*t*]*he university panels should be retained as recommended. They have served us well, although they should be reformed to implement the result of the 1979 referendum and open up the franchise to graduates of all higher level institutions of education*»[169]. I lavori del *Seanad Reform Implementation Group* si concludevan-

[166] Working Group on Seanad Reform, *Final Report*, 2015, disponibile online in https://assets.gov.ie/3205/221118144521-f13c01291bde446980fccbe391526c51.pdf.

[167] Sulle vicende che hanno condotto alla bocciatura della riforma costituzionale di soppressione del *Seanad*, proposta dall'allora coalizione di Governo composta da *Fine Gael* e Laburisti, si rimanda a M. MacCarthaigh, S. Martin, *Bicameralism in the Republic of Ireland: The Seanad Abolition Referendum*, in *Irish Political Studies*, vol. 30, n. 1, 2015, pp. 121-131.

[168] Cfr. Working Group on Seanad Reform, *op. cit.*, pp. 26-34.

[169] Cfr. *Seanad Éireann debate – Thursday, 1 Feb 2018, Vol. 255 No. 11*, disponibile online in https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/seanad/2018-02-01/9/.

o, nel dicembre 2018, con la pubblicazione di un ulteriore rapporto[170], in cui il comitato proponeva una bozza di progetto di legge contenente la nuova conformazione del Senato, che riprendeva la proposta approntata dal *Manning Report*, ma estendeva l'elettorato attivo dei sei membri universitari ai «*graduates of institutions of higher education in the State who hold a requisite qualification*»[171], raggruppando le due circoscrizioni accademiche in un'unica *institutions of higher education constituency*.

Anche il rapporto dell'*Implementation Group* doveva, comunque, non trovare seguito all'interno delle dinamiche politico-istituzionali. Nell'accordo di coalizione che diede modo di avviare il Governo tra *Fianna Fáil*, *Fine Gael* e Verdi nell'estate del 2020, infatti, la riforma del sistema elettorale del Senato non veniva menzionata, e anche un ulteriore *private member's bill*[172] introdotto nel luglio di quell'anno – che prevedeva il conferimento del diritto di voto per i sei membri universitari a tutti i cittadini possessori di un titolo accademico – doveva essere abbandonato subito dopo la seconda lettura.

L'inerzia del legislatore è stata infine troncata dall'intervento della Corte suprema di Dublino, che in *Heneghan v. Minister for Housing, Planning & Local Government & ors*[173], decisa nel marzo 2023, sanciva l'incostituzionalità delle disposizioni contenute negli articoli 6 e 7 del *Seanad Electoral (University Members) Act 1937*, che riconoscevano la *University of Dublin* e la *National University of Ireland* come gli unici istituti di istruzione superiore in grado di costituire una circoscrizione elettorale senatoriale. Secondo la decisione della Corte, queste disposizioni risultavano *not consistent* rispetto al dettato costituzionale risultante dall'emendamento del 1979, in quanto il nuovo articolo 18, 4° co. della Costituzione «*mandates that the* [*university*] *franchise include at least one other institution of higher education*», e pur riconoscendo come «[*o*]*n any reasonable construction of the provision, Article 18.4.2 did not immediately have this effect* […] [*w*]*hat, exactly, that time was does not matter now: on any version it has long since expired. And since that point, these provisions have been contrary to the constitutional Article now governing the composition of the university seats*»[174].

La sentenza del 2023 non aveva avuto, però, applicazione immediata, la Corte avendo previsto, al fine di permettere al Governo di correggere l'incostituzionalità della norma, che la dichiarazione di invalidità dovesse dispiegare i suoi effetti a partire dal 31 maggio 2025[175].

Dunque, il pluridecennale dibattito sulla riforma dei distretti elettorali universitari, iniziato con un referendum costituzionale e impantanatosi nelle sabbie mobili del dibattito politico, doveva trovare soluzione, infine, per via pretoria.

---

[170] Seanad Reform Implementation Group, *Final Report*, 2018, disponibile online in https://assets.gov.ie/5245/211218143426-25949b1b57ce47d5aff3eb83402fb99e.pdf.
[171] Articolo 8 della bozza di progetto di legge contenuto in *ibid.*, pp. 11-12.
[172] *Seanad Electoral (University Members) (Amendment) Bill 2020, Bill no. 11/2020.*
[173] [2023] IESC 7.
[174] Cfr. *Ibid.*, par. 157.
[175] Così veniva stabilito in un'ulteriore decisione, *Heneghan v Minister for Housing, Planning and Local Government, Government of Ireland, Attorney General and Ireland,* [2023] IESC 18, del luglio 2023.

6.4 La novella legislativa del 2024

A seguito della sentenza della Corte suprema, il Governo di Dublino apriva, a partire dal mese di maggio 2024, un giro di consultazioni pubbliche, tenutesi in concomitanza con la pubblicazione di uno General Scheme sul progetto di legge[176] volto a modificare, finalmente, la circoscrizione senatoriale universitaria. Il bill veniva pure inviato al Joint Committee on Housing, Local Government and Heritage dell'Oireachtas, per permetterne la valutazione. La Commissione parlamentare, dopo un ulteriore giro di colloqui – avvenuti, tra gli altri, sia con i senatori eletti nelle circoscrizioni universitarie che con i membri della Union of Students in Ireland –, pubblicava il suo Rapporto a luglio, ponendo fine allo scrutinio pre-legislativo[177].

Il progetto di legge veniva dunque introdotto al *Dáil* il 27 settembre dal *Minister for Housing, Local Government and Heritage* e, rapidamente approvato, otteneva la promulgazione il 29 ottobre. Tra gli ultimi pezzi di legislazione della 33° Legislatura del *Dáil*, il *Seanad Electoral (University Members) (Amendment) Act 2024*[178] rappresenta dunque la risposta definitiva su una questione pluridecennale. Tra le altre cose, la nuova legislazione prevede di: *a)* estendere il diritto di voto per l'elezione dei membri universitari del *Seanad Éireann* a tutti i cittadini irlandesi maggiorenni, in possesso di un titolo di studio conseguito presso un istituto di istruzione superiore riconosciuto dallo Stato (articolo 7); *b)* introdurre un'unica *Higher Education constituency* di sei seggi in sostituzione delle due precedenti *University constituencies* (articolo 6, 1° co.); *c)* stabilire i criteri di registrazione degli elettori per la circoscrizione, e limitare l'espressione di voto di ciascun elettore a un solo suffragio, per non permettere che i laureati in più di un ateneo possano esprimere preferenze multiple, ed eliminare così definitivamente il voto plurimo (articolo 6, 3° co.); *d)* individuare l'autorità di registrazione degli elettori dell'intera circoscrizione nel *governing body* della *National University of Ireland* (articolo 8).

La principale implicazione della nuova legislazione è, dunque, quella di estendere grandemente l'elettorato attivo, democratizzando, per così dire, il *franchise*, e permettendo a tutti i possessori di un titolo accademico presso gli istituti di formazione superiore irlandesi (le cc.dd. *designated institutions* individuate dall'*Higher Education Authority Act 2022*[179], cui rimanda l'articolo 3 della legge del 2024) di votare, secondo il sistema del voto singolo trasferibile, per i sei senatori della *Higher Education constituency*. In particolare, sono autorizzati a esercitare il proprio diritto di voto nel distretto, i laureati delle seguenti istituzioni: l'*Atlantic Technological University*, la *Dublin City University*, il *Dún Laoghaire Institute of Art, Design and Technology*, il *Dundalk Institute of Technology*, la *Munster Technological University*, il *National College of*

[176] Irish Government, *General Scheme Seanad Electoral (University Members) (Amendment) Bill 2024*, disponibile online in https://assets.gov.ie/static/documents/general-scheme-for-the-seanad-electoral-university-members-amendment-bill-2024.pdf.
[177] Joint Committee on Housing, Local Government and Heritage, *Report on the Pre-Legislative Scrutiny of the General Scheme of the Seanad Electoral (University Members) (Amendment) Bill, 2024, 33/HLGH/24*, Online.
[178] *Act no. 40/2024.*
[179] *Act no. 31/2022.*

Art and Design, la *National University of Ireland*, il *Royal College of Surgeons in Ireland*, la *South East Technological University*, la *Technological University Dublin*, la *Technological University of the Shannon: Midlands Midwest*, il *Trinity College Dublin* e la *University of Limerick*. L'espansione dell'elettorato attivo comporta, in termini assoluti, un aumento degli aventi diritto dagli attuali 190.000 a oltre un milione di elettori, con conseguente effetto collaterale della democratizzazione del *franchise* un incremento dei costi del voto e dei tempi di scrutinio.
Poiché, come visto, la sentenza della Corte suprema si sarebbe applicata a far data dal 31 maggio 2025, il legislatore irlandese stabiliva (all'articolo 6, 1° co. della nuova disciplina) che gli effetti dell'atto si sarebbero esplicati a partire dalle consultazioni elettorali svolgentesi dopo il 21 maggio 2025, facendo sì, dunque, che le elezioni senatoriali del gennaio precedente siano state le ultime a tenersi sotto il vecchio sistema elettorale delle *university constituencies*.

7. Considerazioni conclusive

La novella del 2024 ha riformato la rappresentanza universitaria ancora una volta, ponendosi alla fine di un percorso plurisecolare che il legislatore irlandese non vuole evidentemente abbandonare, e che gli permette di considerare l'istituto non come un vetusto e anacronistico vestigio giuridico, ma bensì un *modus* tuttora valido per selezionare i membri dell'assemblea parlamentare nazionale. La democratizzazione delle *university constituencies*, che passa evidentemente (e necessariamente) per l'ampliamento dell'elettorato attivo, serve proprio a rendere apprezzabili ancora oggi gli effetti della scelta epistocratica. La quale, lungi dal rappresentare una configurazione elitista della democrazia rappresentativa, serve ad arricchire la camera di riflessione dell'ordinamento, di membri in grado di apportare un vero contributo alla decantazione critica sulla legislazione.
L'intenzione dell'*excursus* che si è approntato nel presente lavoro era quella di provare come i distretti elettorali universitari abbiano dimostrato, nel corso degli oltre quattro secoli di applicazione, di essere plasmabili sulle necessità del legislatore che decideva di introdurli, ma al tempo stesso capaci di mantenere una loro coerenza di fondo, individuabile proprio nella *ratio* storico-giuridica e nella visione epistocratica che ne ha informato la costituzione, dalla loro prima introduzione in epoca stuartiana sino alla scelta compiuta dai costituenti indiano e irlandese.
La loro trasmigrazione ed esportazione nei diversi territori dell'Impero (e persino in ordinamenti semplicemente affascinati, o influenzati, da quello inglese, come dimostra il caso siciliano) permette di scorgere, nell'istituto, non soltanto un interessante esempio di duttilità giuridica, ma pure un ulteriore indizio delle modalità operative del legislatore britannico nell'ambiente coloniale. In questo senso, le circoscrizioni universitarie, nonostante il poco interesse dottrinale che hanno suscitato, costituiscono davvero un circoscritto ma emblematico prisma attraverso cui leggere l'azione giuridica imperiale, e comprendere quali siano, ancora oggi, le eredità coloniali, che caratterizzano e si amalgamano con le

peculiarità autoctone, all'interno degli ordinamenti afferenti alla tradizione del *common law constitutionalism*.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-A81

costituzionalismo britannico e irlandese

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a R. Walsh Property Rights and Social Justice. Progressive Property in Action, Cambridge University Press, 2021

Michele Loforese
Dottorando di ricerca, in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Recensione a R. Walsh Property Rights and Social Justice. Progressive Property in Action, Cambridge University Press, 2021

di Michele Loforese*

Abstract (Ita): La recensione della monografia, scritta da Rachel Walsh, «Property rights and social justice. Progressive property in action», si pone l'obiettivo di analizzare l'evoluzione della tutela costituzionale della proprietà privata, nell'ordinamento giuridico irlandese, attraverso le lenti della proprietà progressiva che, a livello teorico, trova la sua genesi nella riflessione giuridica della dottrina statunitense. Il volume fornisce una panoramica dettagliata e completa della casistica, che viene analizzata, al fine di comprendere se le Corti irlandesi siano state influenzate, o meno, dai valori della proprietà progressiva.

Abstract (Eng): The review of the monograph, written by Rachel Walsh, «Property rights and social justice. Progressive property in action», aims to analyze the evolution of the constitutional protection of property rights in the Irish legal system through the lens of progressive property, which, at a theoretical level, finds its genesis in the legal reflection of the American doctrine. The book provides a detailed and comprehensive overview of the case law that is analyzed to understand whether the Irish courts have been influenced by the values of progressive property.

Parole chiave: Giustizia sociale; Bene comune; Teoria della proprietà progressiva

Keywords: Social justice; Common good; Progressive property theory

«Property Rights and Social Justice. Progressive Property in Action» è un'opera che si pone un duplice obiettivo: in primo luogo, arricchire gli studi e le ricerche sui diritti costituzionali di proprietà; in secondo luogo, contribuire all'analisi della teoria della proprietà. Scritto dalla giurista Rachael Walsh, il libro che si intende recensire con il presente contributo, rappresenta una indagine sulla *progressive property in action* nel contesto ordinamentale irlandese: l'unico, nel panorama variegato della *Common Law*, che condiziona la regolamentazione dei diritti di proprietà alla garanzia, da parte dello Stato, della giustizia sociale. L'*incipit* dell'opera pone il lettore dinnanzi all'evidenza che il dibattito scientifico, inerente ai profili giuridici della proprietà, abbia focalizzato la propria attenzione sui concetti di *aspetto* e *funzione* sociale della stessa. Richiamando la classificazione della studiosa statunitense Jane B. Baron, l'autrice pone l'accento sulla distinzione tra i *progressive property theorists* e gli *information theorists* evidenziando come, a partire da questa bipolarizzazione, sia necessario un rinnovamento nella analisi dottrinale.
In altri termini, Walsh manifesta l'esigenza di indagare la storicizzazione della tutela dei diritti di proprietà alla luce delle evoluzioni del contesto giuridico, politico e culturale in cui si attuano le garanzie costituzionali, puntualizzando che: «*Fresh doctrinal analysis has the potential to uncover spaces and levers within property law systems for realising progressive ends. It can also highlight aspects of progressive property theory that may prove difficult to implement in practice. These insights from doctrine can in turn guide the progressive property research agenda*»[1]. Rispondendo al bisogno di questa spinta rinnovatrice, quello irlandese diviene un caso da studiare per comprendere come, mediante la *viva vox constitutionis,* possano essere conciliate (*ergo* media-

* Dottorando di ricerca, in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[1] R. Walsh, *Property Rights and Social Justice. Progressive Property in Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 11.

te) le esigenze di tutela dei diritti di proprietà con quelle di giustizia sociale e bene comune.

Nel primo capitolo, infatti, dopo essersi soffermata sulle finalità della monografia, la studiosa irlandese analizza le disposizioni che informano il diritto di proprietà degli individui nella Costituzione del 1937. In particolar modo, si sofferma sul secondo comma del terzo paragrafo dell'art. 40 che garantisce la tutela dei *Personal Rights* (tra cui i *property rights* di ogni cittadino) dagli *unjust attack*[2]. Poi, passando in rassegna tutte le disposizioni dell'art. 43, osserva che gli ultimi due commi manifestano delle chiare sfumature di *progressive property* nella misura in cui la tutela dei diritti costituzionali di proprietà viene delimitata dai principi di *social justice*[3] nonché dalle esigenze di *common good*[4]. Allo stesso tempo, dopo aver delineato gli aspetti tipici dell'organizzazione costituzionale nell'ordinamento giuridico irlandese, la studiosa si sofferma sull'art. 26, che disciplina il *referral for abstract review,* al fine di mettere in risalto come quattro delle quindici decisioni, che la Corte Suprema ha assunto sulla base di questa norma, inerivano la tutela costituzionale del diritto di proprietà[5].

L'indagine prosegue attraverso un *focus* sulle teorie che si ascrivono alla scuola di pensiero della proprietà progressiva. In particolar modo, il secondo capitolo mira a ricostruire i contributi che, nella riflessione giuridica, si sono sviluppati a partire dal 2009, anno in cui è avvenuta, negli Stati Uniti, la pubblicazione di «*A Statement of Progressive Property*»[6]. Scritta da Gregory S. Alexander, Eduardo M. Peñalver, Laura S. Underkuffler (professori della *Cornell Law School*) e Joseph W. Singer (professore presso la *Harvard Law School*), la «dichiarazione della proprietà progressiva» si fonda sul riconoscimento di una pluralità di valori[7] che, dando contenuto al diritto di proprietà, concorrono nel facilitare la partecipazione alla vita sociale e politica degli individui. Infatti, come osserva puntualmente la costituzionalista irlandese, in questo modo si plasma un «*democratic model*» atto a «*reflects and builds upon property theory that connects private ownership with the health of a democratic society, in particular the proper functioning of political processes*»[8]. Ricostruendo la complessità del dibattito acc-

[2] L'art. 40.3.2° della Cost. irlandese recita: «The State shall, in particular, by its laws protect as best it may from *unjust attack* and, in the case of injustice done, vindicate the life, person, good name, and *property rights* of every citizen» (corsivo dello scrivente).

[3] L'art. 43.2.1° della Cost. irlandese recita: «The State recognises, however, that the exercise of the rights mentioned in the foregoing provisions of this Article ought, in civil society, to be *regulated by the principles of social justice*» (corsivo dello scrivente).

[4] L'art. 43.2.2° della Cost. Irlandese recita: «The State, accordingly, may as occasion requires delimit by law the exercise of the said rights with a view to reconciling their exercise with the *exigencies of the common good*» (corsivo dello scrivente).

[5] Il riferimento è ai seguenti casi: *Re Article 26 and the Housing (Private Rented Dwellings) Bill 1981*, *Re Article 26 and the Employment Equality Bill 1996*, *Re Article 26 and Part V of the Planning and Development Bill 1999* ed infine *Re Article 26 and the Health (Amendment) (No. 2) Bill 2004.*

[6] G. S. Alexander, E. M. Peñalver, L.S. Underkuffler, J. W. Singer, *A Statement of Progressive Property*, in *Cornell Law Faculty Publications*, vol. 11, 2009, pp. 743-744.

[7] G. S. Alexander et al., *op. cit.,* p. 743. Il riferimento è, nello specifico, al par. 2.2: «*Values promoted by property include life and human* flourishing*, the protection of physical security, the ability to acquire knowledge and make choices, and the freedom to live one's life on one's own terms. They also include wealth, happiness, and other aspects of individual and social well-being*».

[8] R. Walsh, o*p. cit.,* p. 30.

ademico sulla *progressive property*, Walsh non perde occasione per sottolineare come, in antitesi con il costrutto di Jeremy Bentham[9], la stessa sia finalizzata a rispondere al predominio dell'economia sugli istituti della proprietà. In egual misura emerge un legame tra le riflessioni progressive sulla proprietà e lo sviluppo della personalità a partire dal pensiero hegeliano. Il secondo capitolo si conclude evidenziando come l'influenza del diritto naturale, unitamente al legame che John Locke individua tra il lavoro e la proprietà, continua ad essere rilevante nelle elaborazioni dottrinali.
Il terzo capitolo illustra il contesto storico in cui sono state adottate le clausole sulla proprietà nella Costituzione irlandese del 1937, allo scopo di fornire al lettore le giuste lenti per poter comprendere il dualismo che caratterizza la stessa. Infatti, come osservato poc'anzi, la Costituzione irlandese non si limita a riconoscere la proprietà privata in quanto istituto (ex art. 43), ma estende la tutela anche ai c.d. *individual property rights* (ex art. 40, par. 3, secondo comma). L'autrice, quindi, ricostruendo in chiave diacronica le vicende giuridiche intercorse tra la seconda metà del XIX Secolo e gli anni '30 del Novecento, mette in luce le evoluzioni che hanno riguardato l'estensione del riconoscimento dei diritti di proprietà e delle relative tutele.
Ergo, un ruolo rilevante in questa evoluzione è stato assunto dalle varie legislazioni che hanno dato luogo alla riforma agraria[10]. Quest'ultima, come osserva Walsh: «*This laid the foundations for a complex Irish attitude to private ownership embracing both private ownership as a means of ensuring individual material security and State intervention to secure social justice*»[11]. Nelle more della riforma agraria, all'esito della guerra di indipendenza, venne adottata la Costituzione dello Stato Libero d'Irlanda. La Carta fondamentale del 1922, però, nulla diceva circa lo *status* e la natura dei diritti di proprietà privata. Così facendo si manifestava l'esigenza di garantire gli accordi assunti con l'Inghilterra per non pregiudicare l'indipendenza politica dell'*Irish Free State.* Infatti, durante i lavori che hanno portato alla approvazione della Costituzione del 1922, delle tre clausole alternative sulla proprietà privata, elaborate dal Comitato di redazione, quella scelta dal Governo Provvisorio irlandese fu respinta dall'Esecutivo britannico.
Tre lustri dopo, l'approvazione della nuova Costituzione, voluta da Éamon de Valera, esprimendo quel dualismo di cui si è fatto cenno in precedenza, sintetizzava una duplice influenza: da un lato l'ispirazione *whig* dell'allora *President of Executive Council*; dall'altro l'influsso del pensiero cattolico sulla proprietà privata[12]. Nel terzo capitolo, l'analisi prosegue attraverso un *excursus,* della giurisprudenza irlandese, circa la doppia protezione che la Costituzione repubblicana garantisce alla proprietà. In definitiva, concludendo la disamina diacronica, l'autrice osserva come l'approccio adottato nella Costituzione del 1937 sia:

[9] Per comprendere la concezione che la proprietà assume nella riflessione elaborata dal padre dell'utilitarismo, si rimanda alla lettura di J. Bentham, *Theory of Legislation*, London, Trübner & Company, 1871, pp. 111, 158-197.
[10] Al fine di comprendere la rilevanza che la questione agraria ha assunto nella seconda metà dell'Ottocento in Irlanda, si consiglia la lettura di J. S. Mill, *England and Ireland*, London, Longmans, Green, Reader and Dyer, 1868. Si legga altresì E. F. Biagini, *Storia dell'Irlanda dal 1845 a oggi*, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 63-66, 87-100, 111-116.
[11] R. Walsh, *op. cit.*, p. 52.
[12] In riferimento all'influenza del pensiero cattolico sulla proprietà privata nel processo costituente irlandese del 1934-1937, si consiglia la lettura di T. Rimoldi, *Stato e Chiesa in Irlanda. 1914 – 2014*, Bologna, il Mulino, 2023, pp. 225-228.

«[...] *a hybrid property ideology driven by a liberal, common law understanding of ownership layered with an openness to State intervention for socially just public purposes*»[13].

La riflessione, dunque, giunge al quarto capitolo ove viene messa in risalto l'interazione tra i due rami del diritto, quello pubblicistico e quello privatistico, nella tutela della proprietà. Quest'ultima, infatti, in virtù dell'interdipendenza di cui si è appena fatto cenno, è stata definita, in via giurisprudenziale, quale «*bundle of right*»[14]. Nel diritto costituzionale irlandese, però, alla metafora della proprietà intesa come un "fascio di diritti" si affianca un'ulteriore concezione, quella della *property as things.* Walsh, a tal proposito, richiama le definizioni elaborate da Mulzer e Lametti per poi analizzare come le Corti irlandesi hanno riconosciuto una protezione costituzionale non solo alla proprietà di beni materiali ma anche a quella dei beni immateriali (tra cui le azioni ed i diritti di proprietà intellettuale). *Post hoc, ergo propter hoc,* questi ultimi, integrano quello che l'autrice ha ribattezzato come il "nucleo" delle garanzie costituzionali della proprietà. Nucleo che, nel divenire del diritto, viene distinto dalla *property's periphery.*

Nel prosieguo dell'indagine, attraverso uno studio della casistica, la giurista irlandese si concentra sulle scelte giurisprudenziali che hanno portato alla c.d. *dual protection*. Vale a dire ad una tutela a livello costituzionale che, non solo viene riconosciuta ai diritti di proprietà, bensì si estende ad altre situazioni giuridiche soggettive ritenute meritevoli di tutela. In maniera emblematica, ciò si riscontra nel caso *Re Article 26 and the Health (Amendment) (No 2 Bill) 2004.* Questa tendenza, ad avviso di Walsh, potrebbe impattare non solo sulla peculiare sistematica della Costituzione del 1937 ma anche sulle scelte che, nella risoluzione dei conflitti, le Corti assumono.

Concludendo il quarto capitolo, l'autrice evidenzia come la concezione dei diritti costituzionali di proprietà, in Irlanda, sia fortemente influenzata da un *political conservativism* che collide con la già menzionata impostazione progressiva dell'art. 43. Nella specie, si ritiene interessante osservare come l'Esecutivo abbia ritenuto giuridicamente vincolanti, in più occasioni, i pareri emessi dall'*Attorney General* nell'esercizio delle funzioni a questi demandate ex art. 30 dalla Costituzione dell'*Éire*. Pareri, ovvero consulenze, che in dottrina, invece, non sono ritenute giuridicamente vincolanti. Ciò porta Walsh ad affermare che i «*political actors may genuinely misunderstand or be unaware of the overall tenor of Irish constitutional property law as developed by judges, and as a result may misconceive the constitutional property clauses as significant barriers to social and economic reforms*»[15]. Tendenza, quest'ultima, che viene condivisa da altri studiosi della *progressive property.*

Il quinto capitolo, intitolato: «*Standards of Review and the Form of Constitutional Property Rights*», si apre con l'individuazione dei principi, nonché delle tecniche ermeneutiche, cui le Corti irlandesi fanno ricorso per valutare la legittimità costituzionale di una restrizione dell'esercizio dei diritti di proprietà. Tra questi, Walsh annovera i principi di proporzionalità e di razionalità unitamente ad un *text-based approach.* Nella casistica, però, non emergono dei criteri in base ai quali debba essere applicato l'uno piuttosto che l'altro. In questo senso, la costituzionalista irlandese osserva: «*This creates scope for judges to choose the standard*

[13] R. Walsh, *op. cit.*, p. 75.
[14] Alla locuzione «*bundle of rights*» *ha* fatto ricorso Kenny J, interpretando l'art. 43 Cost. Irlandese, nel caso *Central Dublin* Development *Association v. The Attorney General.*
[15] R. Walsh, *op. cit.*, p. 102..

that they wish to apply based on the extent to which they feel the legislature's judgment is owed respect, without justifying such deference»[16].
Secondo la giurisprudenza irlandese sia il *proportionality principle* che il *rationality test* sono funzionali a vagliare la costituzionalità delle previsioni legislative che violano gli *individual property rights* sanciti dall'art. 40.3.2°. Al principio di proporzionalità, ad esempio, fa ricorso la Corte Suprema (nel caso *Re article 26 and Part V of the Planning and Development Bill* 1999) per valutare la costituzionalità di una restrizione all'esercizio dei diritti individuali di proprietà. Allo stesso tempo, nell'ambito del sindacato di costituzionalità irlandese, le Corti hanno applicato il controllo di razionalità per vagliare la legittimità delle restrizioni disposte per ragioni di *public interest.*
L'autrice, però, analizzando ulteriormente la decisione che la Corte Suprema ha assunto in *Re Article 26 and the Health (Amendment) (No 2 Bill) 2004,* osserva che questo caso si distingue, rispetto a quelli citati in precedenza, per un *text-based approach.* Nella specie, il vaglio di costituzionalità del disegno di legge è avvenuto sulla base della conformità di quest'ultimo con i principi di giustizia sociale, con le delimitazioni dei diritti relative alle esigenze del bene comune e, in definitiva, con la valutazione di un attacco ingiusto ai diritti di proprietà. Così facendo, emerge un'interpretazione armoniosa degli articoli 40.3.2° e 43.2 da parte della Corte Suprema.
L'analisi del caso *Re Article 26 and the Health (Amendment) (No 2 Bill) 2004* continua ad essere centrale anche nel capitolo successivo, il sesto. Walsh non perde occasione per puntualizzare come, proprio in questo caso, la Corte Suprema abbia interpretato quale *unjust attack* le disposizioni del disegno di legge oggetto del *referral for abstract review* che, avendo un carattere retroattivo, interferivano con i diritti di proprietà già acquisiti. La riflessione, però, prosegue evidenziando come la retroattività sia solo uno dei potenziali elementi definitori ed interpretativi con cui i Tribunali irlandesi danno contenuto alla locuzione "attacco ingiusto".
Nell'incipit di questo capitolo, infatti, l'autrice, menzionando l'opinione che Mc Mahon, giudice della *High Court*, ha espresso nella causa *J & J Haire & Company Ltd v. Minister for Health,* osserva che nel concetto di *unjust attack* sono ricomprese anche la mancanza di procedure amministrative eque, l'irragionevolezza e l'irrazionalità, la discriminazione, nonché un *vulnus* di proporzionalità e la mancanza di un indennizzo. Nonostante ciò, l'analisi casistica condotta dalla studiosa irlandese, nel capitolo sesto, tende a mostrare come, in presenza di misure restrittive nei confronti dei diritti di proprietà, le Corti siano riluttanti nell'interpretare la disposizione di cui all'art. 40.3.2° in modo olistico. Siano riluttanti, in altri termini, ad abbracciare una *progressive property perspective.*
Il capitolo sette, intitolato: «*Security of Possession in a Progressive Constitutional Context*», analizza le applicazioni del *public purpose requirement* da parte della giurisprudenza irlandese nei contenziosi che hanno ad oggetto una privazione della proprietà, *ergo* non una semplice restrizione. La riflessione, dunque, prosegue attraverso una ricognizione dei casi in cui si è affermata la piena legittimità costituzionale delle norme con cui è avvenuta la redistribuzione fondiaria. Non si tratta, questo è doveroso precisarlo, solo dei casi che riguardano i *Land Purchase Acts* (il complesso di leggi attraverso cui ha avuto luogo la riform-

[16] R. Walsh, *op. cit.*, p. 113.

a agraria) ma ciò involge anche il *Planning and Development Bill* adottato nel 1999[17]. Allo stesso tempo, le Corti irlandesi hanno ritenuto costituzionalmente legittima l'acquisizione coattiva che ha comportato la privazione dei diritti di proprietà per il perseguimento delle finalità di rigenerazione urbana.
Accingendosi a concludere il settimo capitolo, Walsh prova ad indagare l'interazione tra il vincolo di destinazione ex art. 43.2 ed alcuni dei valori tipici della *progressive property theory*, nelle decisioni assunte dai tribunali irlandesi. Evidenzia, in questo modo, le difficoltà che le Corti hanno incontrato nell'interpretare i concetti di giustizia sociale e bene comune, limitandosi a riconoscere la legittimità delle privazioni dei diritti di proprietà, in virtù dell'interesse pubblico, quando impattavano sulla *security of possession*. Infatti, secondo l'autrice, la decisione assunta in *Re Article 26 and the Health (Amendment) (No 2 Bill) 2004*, rimane un caso isolato, pur essendo: «[...] *a potential doctrinal avenue for addressing progressive property concerns about deprivations, in particular about the impact on the political status and power of adversely affected individuals, the consequences for community integrity and connections, and the potential for disproportionate impact on particular groups*»[18].
Si giunge, così, al penultimo capitolo: l'ottavo. Da subito, leggendo l'introduzione, si può comprendere come l'autrice manifesta l'esigenza di indagare le compensazioni che possono essere previste a fronte di una lesione del diritto di proprietà. La previsione di un indennizzo, in altri termini, viene considerata come la *conditio sine qua non* per considerare costituzionalmente ammissibile una disposizione legislativa che vada a restringere l'esercizio di tale diritto. *A fortiori ratione* ciò si verifica in presenza di una privazione del diritto di proprietà. Se così non fosse verrebbe integrata l'ipotesi di *unjust attack* ex art. 40.3.2°. Si determina, in questo modo, una «*circular analysis* [...] *of compensation*»[19].
Sul piano formale, quindi, Walsh, osserva che il diritto all'indennizzo non viene tipicizzato in una clausola costituzionale. Di conseguenza, però, dovendo il legislatore disciplinare l'esercizio dei diritti di proprietà in conformità ai principi di giustizia sociale, nonché per garantire le esigenze del bene comune, quello irlandese resta un ordinamento ideale per dar luogo ad un *progressive approach to compensation.* Pertanto, la costituzionalista ricorre ancora una volta alla casistica al fine di evidenziare le interazioni tra le previsioni legislative sugli indennizzi e le garanzie costituzionali[20].
Dopo di che, provando ad indagare le finalità risarcitorie attraverso la prospettiva della *progressive property*, Walsh si limita a constatare che la giurisprudenza irlandese ha fatto ricorso, anche in questa circostanza, al principio di proporzionalità piuttosto che: «*in terms of fairness, or other 'progressive' ends such as human dignity, equal concern and respect, and human flourishing*»[21], riuscendo a garantire, in ogni caso, un ragionevole grado di protezione della *security of value* per i titolari dei diritti di proprietà.
L'opera, quindi, si conclude con il nono capitolo. Intitolato «*Learning from Progressive Property in Action*», l'explicit della monografia sembra manifestare un auspicio. In coerenza con lo sviluppo dell'intero studio, Rachael Walsh riflette sulle sfide che le disposizioni costituziona-

[17] Il riferimento è al caso *Re Article 26 and Part V of the Planning and Development Bill 1999.*
[18] R. Walsh, *op. cit.*, p. 195.
[19] R. Walsh, *op. cit.*, p. 223.
[20] Emblematici sono i casi *Central Dublin* Development *Association v. The* Attorney *General* e *Dreher v. Irish Land Commission*.
[21] R. Walsh, *op. cit.*, p. 225.

li, sino ad ora analizzate, possono rappresentare alla luce della *progressive property theory*. Sfide *pro futuro,* quindi. Sfide di carattere ermeneutico, nell'esperienza giuridica di un ordinamento, quello irlandese, in cui le Corti hanno sempre misconosciuto la loro competenza nello statuire la mediazione tra i diritti di proprietà e le garanzie costituzionali di giustizia sociale e bene comune.
In questo senso, volgendo uno sguardo alla casistica, sono rare le controversie in cui la giurisprudenza ha dichiarato l'incostituzionalità di una legislazione, frenando, di conseguenza, il *progressive change*. Viene rimesso, in questo modo, agli organi di indirizzo politico il compito di garantire un'effettiva applicazione delle disposizioni costituzionali attraverso la previsione di norme giuridiche, siano esse leggi o atti amministrativi. *Ergo,* i giudici, anche in presenza di un mandato costituzionale, manifestano delle resistenze nel dare un contenuto ermeneutico alle formule "principi di giustizia sociale" ed "esigenze di bene comune". In ogni caso, come rileva l'autrice, ciò manifesta una coerenza con l'evoluzione diacronica delle vicende costituzionali irlandesi che hanno portato ad una razionalizzazione della tutela dei diritti individuali della proprietà. Tutto questo consente a Rachael Walsh di affermare che: «*The Constitution set the scene for a division of labour whereby the courts would secure the 'individual' aspect of private ownership and the legislature would implement its 'social' aspect guided by Article 45 and empowered by Article 43.2*»[22].
Proseguendo la riflessione conclusiva, la costituzionalista si concentra sullo sviluppo della *progressive property theory* nel diritto costituzionale comparato, mettendo in evidenza la necessità di contestualizzare la tutela della proprietà privata, nelle differenti culture politiche e giuridiche, facendo emergere un'ulteriore questione: il localismo. Quest'ultimo viene inteso come complesso di fattori che incidono sia sulle scelte di chi è demandato ad indicare l'indirizzo politico, sia sulle decisioni di chi svolge funzioni di garanzia. Così viene a materializzarsi l'auspicio di Walsh: fare del localismo l'oggetto delle future ricerche in materia di proprietà costituzionale.
In virtù di quanto affermato sino ad ora, si ritiene doveroso chiudere la presente recensione con delle osservazioni conclusive.
Secondo il pensiero di chi scrive, l'opera «*Property Rights and Social Justice. Progressive Property in Action*» consente di comprendere come sia ancora dotato di vitalità giuridica il dibattito inerente al rapporto tra la proprietà, in quanto diritto fondamentale, e le garanzie costituzionali. Un dibattito che, in altri termini, informa quel legame essenziale, e storicamente condizionato, che attiene all'ontologia del costituzionalismo, nonché alla sua scientificità: il rapporto tra l'autorità e le libertà. Ciò emerge, in misura inequivocabile, sia nelle ricostruzioni diacroniche che nella copiosa casistica analizzata da Rachael Walsh.
Allo stesso tempo, quella recensita, è un'opera che potrebbe alimentare anche in Europa, gli studi sulla *progressive property*. In questo senso si conviene con autorevole dottrina quando afferma che: «*This is an impressive book bringing the often US centered progressive property law debate to an Irish and therefore European context. It contributes an Irish perspective on constitutional property law demonstrating its compatibility with progressive property theory, and also provides us with an important lesson on the constitutionalization of property rights*»[23].
Infine, nella misura in cui evidenzia la riluttanza dei Tribunali irlandesi nel definire

[22] R. Walsh, *op. cit.*, p. 253.
[23] In questo modo si esprime B. AKKERMAN, www.cambridge.org, ultimo accesso 31.03.2025.

ermeneuticamente i concetti di "giustizia sociale" e "bene comune", quest'opera rappresenta l'ulteriore dimostrazione della rigidità delle Corti di *Common Law.* In egual misura, un'ulteriore chiave di lettura, oltre a quelle fornite dall'autrice, potrebbe riguardare la Sovranità parlamentare che, pur restando un elemento peculiare della Costituzione del Regno Unito[24], sembra influenzare anche l'ordinamento irlandese.
Quanto meno con riferimento alla definizione degli aspetti sociali della proprietà privata.

[24] Si consiglia la lettura di A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, trad. it a cura di A. Torre, Bologna, il Mulino, 2003, p. 33.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-DCD

costituzionalismo britannico e irlandese

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a R. Gordon KC, Repairing british politics. A blueprint for constitutional change, II edition, Hart Publishing, Oxford, 2025

Marco Melpignano
Dottorando di ricerca in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Recensione a R. Gordon KC, Repairing british politics. A blueprint for constitutional change, II edition, Hart Publishing, Oxford, 2025

di Marco Melpignano*

Abstract (Ita): La recensione del volume Repairing british politics. A blueprint for constitutional change analizza il dettagliato progetto di costituzione scritta per il Regno Unito redatto dall'autore. Dopo aver delineato i profili più problematici del vigente assetto imperniato sulla parliamentary sovereignty, ci si soffermerà sinteticamente sugli aspetti più significativi della proposta di costituzione, improntata ad un attento bilanciamento tra continuità istituzionale e significative innovazioni.

Abstract (Eng): The rewiew of «Repairing british politics. A blueprint for constitutional change» analyzes the detailed proposal for a written constitution for the UK drafted by the author. After outlining the most problematic aspects of popular sovereignty, the most significant features of the proposed constitution will be discussed, focusing particular on the balance between institutional and meaningful innovations.

Parole chiave: costituzione scritta; sovranità parlamentare; separazione dei poteri

Keywords: written constitution; parliamentary sovereignty; separation of powers

Repairing British Politics di Richard Gordon offre un ambizioso progetto (*blueprint*) di Costituzione scritta per il Regno Unito.

Il volume si compone di tre parti. La prima, rubricata «*Setting the Scene*», opera una ricognizione dello scenario costituzionale di partenza, analizzando in maniera sintetica ed efficace le origini e gli sviluppi della dottrina della *parliamentary sovereignty*[1], le ragioni a supporto del suo superamento e individuando, in chiave prospettica, i contenuti che il testo costituzionale dovrebbe annoverare.

Il cuore pulsante del libro, per stessa ammissione dell'autore, risiede nella seconda parte, ove si rinviene una «*prototype constitution*»[2], risultato di una complessa operazione volta, da un lato, a preservare le peculiarità delle istituzioni britanniche (monarchia su tutte), e, dall'altro, a modificare taluni significativi tratti dell'assetto costituzionale.

La terza parte, invece, presenta la bozza del progetto di legge che scandisce il percorso da intraprendere per dotare il Regno Unito di una costituzione scritta.

In particolare, l'approccio prescelto e quivi delineato si contraddistingue per un moderato gradualismo (*step-by-step approach*) e, in quest'ottica, si articola in due distinti referendum: il primo, di carattere sistematico, sottopone al corpo elettorale il quesito sull'adozione di una costituzione scritta; il secondo, da celebrarsi solo in caso di esito favorevole del primo, concerne specificamente il contenuto della costituzione, che viene allegato alla scheda elettorale.

---

* Dottorando di ricerca in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[1] Per una rigorosa ricostruzione dei tratti e delle evoluzioni della *parliamentary sovereignty* cfr. O. Chessa, *La sovranità parlamentare prima e dopo la Brexit*, in *Costituzionalismo britannico ed irlandese*, 1, 2024, pp. 97 ss.

[2] R. Gordon KC, *Repairing British Politics*, Hart Publishing, Oxford, 2025, p. 4.

La bozza del «*Constitution of Britain (Referendums) Act*» contempla in maniera dettagliata anche le conseguenze scaturenti dai due possibili esiti del referendum sui contenuti della costituzione.

Qualora il quesito referendario dovesse essere accolto, la costituzione sottoposta a votazione entrerà in vigore e dovrà essere applicata nella sua interezza; al contrario, in caso di mancata approvazione, entro i successivi tre mesi il Primo ministro dovrà indicare al Parlamento specifiche disposizioni – di natura prevalentemente procedurale e dirette a garantire un ampio coinvolgimento – cui dovrà informarsi nell'elaborazione della costituzione.

Constatata l'assenza di dibattito su un tema così dirimente come la codificazione costituzionale, Richard Gordon si propone così di compiere «*a first step in the process*»[3], che funga da stimolo ad una più approfondita discussione.

La tesi di fondo del volume ruota attorno alla convinzione che la situazione di profonda disaffezione verso la politica possa solo esacerbarsi con l'attuale impianto costituzionale imperniato sulla dottrina della *parliamentary sovereignty,* che ha relegato ai margini del circuito decisionale il popolo e ha legittimato la progressiva affermazione di una «*elective dictatorship*»[4]. Per l'autore, pertanto, il recupero di una maggiore *accountability* della classe politica passa attraverso l'introduzione del principio di «*constitutional or popular sovereignty*» in una Costituzione scritta.

La *constitutional supremacy* rappresenterebbe il viatico verso una effettiva *separation of powers*, rispetto all'attuale *fusion of powers*[5] in cui l'Esecutivo, giovandosi del controllo sul Parlamento, può, a suo piacimento (e senza limiti) approvare e abrogare leggi.

Infatti, l'autore ha cura di sottolineare come la *parliamentary sovereignty*, sorta inizialmente in funzione garantistica contro gli abusi del sovrano, abbia nella realtà assunto i caratteri di un «*despotism of the executive*», acuitosi sensibilmente nel ventesimo secolo, in seguito al fallimento della transizione delle dottrine liberali verso più complete e compiute forme democratiche.

Nello specifico, la dottrina economica thatcheriana, ritenuta poco attenta alla *social mobility*, ha potuto ben dispiegarsi e perseguire il disegno di centralizzazione della sede di decisione politica proprio servendosi della *parliamentary sovereignty* che, in tale frangente, iniziava a mostrare i profili di maggiore criticità come *power-sustaining device*.

Tuttavia, la storia recente del Regno Unito, specialmente dopo il referendum sulla *Brexit*, non ha mancato di momenti di tensione tra Esecutivo[6] e *parliamentary sovereignty*, culminati nelle sentenze *Miller I* e *Miller II*, in cui sono stati riaffermati taluni principi fondamentali

[3] Ibid., p. 2.
[4] Espressione coniata da Lord Hailsham nella sua BBC Richard Dimbleby Lecture "The Elective Dictatorship" dell'Ottobre del 1976.
[5] A cui faceva riferimento W. Bagehot, *The English Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 11.
[6] Nell'attuale assetto britannico la prerogativa regia pare inscriversi, nei fatti, nel controllo dell'Esecutivo e, di riflesso, del suo partito. In verità, nel confuso periodo della *Brexit* l'orizzonte costituzionale non sembrava così chiaramente delineato. Sul punto cfr. G. Baldini, E. Bressanelli, E. Massetti, *Who is in control? Brexit and the Westminster Model*, in *The Political Quarterly*, 4, 2018, pp. 537 ss.

minati dalla condotta dell'Esecutivo «eccessivamente propensa a sottovalutare il ruolo che al Parlamento è attribuito dalla logica evolutiva della costituzione "non scritta"»[7].

Dalla breve analisi di queste due emblematiche sentenze – in cui la *Supreme Court* ha giudicato rispettivamente illegittimo e distorto l'uso della prerogativa[8] – l'autore passa poi ad argomentare in ordine alla scarsa *attitude* verso le *constitutional conventions* da parte degli ultimi Esecutivi a guida dei *Tories* ed in particolare di Boris Johnson, sostenendo come, in presenza di una costituzione scritta, la sua condotta sarebbe stata sottoposta ad un controllo più pregnante sia nel caso Paterson che nelle vicende del *partygate*.

Sul finire della prima parte del libro, Gordon rimarca le originarie carenze della *parliamentary sovereignty*, procedendo a confutare quella dottrina che individua un'interconnessione tra *popular* e *parliamentary sovereignty*.

In prima battuta, l'autore – esprimendosi sull'assenza primigenia di legittimazione democratica della *parliamentary sovereignty* – rileva piuttosto che questa sia stata conseguenza ed esito di un lungo conflitto tra Corona e Parlamento e che l'intera *unwritten constitution* britannica si regga tuttora, in realtà, su una dottrina di creazione giudiziale e priva di carattere democratico[9].

Riprendendo un celebre passo pronunciato da *Lord Steyn* nella House of Lords[10], Gordon si chiede criticamente se tale principio angolare non possa un domani essere «*easily abolished by the judges*». Di qui, la manifesta esigenza di porre alle fondamenta del nuovo impianto costituzionale il principio della *popular sovereignty,* maggiormente in sintonia con il paradigma della democrazia rappresentativa.

Successivamente, mette in luce un ulteriore equivoco di matrice dottrinale, ovvero l'assunto per cui la *parliamentary sovereignty* sia una manifestazione delle teorie contrattualiste, trascurando, tuttavia, che questa non abbia mai effettivamente ricevuto un *endorsement by the people* e patisca geneticamente il succitato *deficit* democratico.

In definitiva, l'autore individua nella *parliamentary sovereignty* un freno ai *national changes* e, per di più, la considera una causa dell'indebolimento della democrazia rappresentativa, che, in uno scenario fortemente polarizzato su due partiti, vede una incontrollata produzione legislativa di derivazione governativa, in distonia con il pluralismo che dovrebbe connotare ogni democrazia rappresentativa.

Per Gordon, dunque, sono maturi i tempi per rompere la *fiction* della *parliamentary sovereignty*, considerata «*the palest of shadow of popular sovereignty*»[11].

Il punto nevralgico del libro si dipana nella seconda parte ove, come anticipato, si rinviene il progetto di costituzione offerto dall'autore.

---

[7] A. Torre, "*Serial Miller". Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *Dpce online*, 4, 2019, p. 3084.
[8] *Ibid.*
[9] R. Gordon, *op. cit.*, p. 26 criticamente, afferma quanto segue: «*We are, therefore, left with a doctrine that is said to underpin our unwritten constitution but which, in fact, lacks any representative democratic foundation*».
[10] *Ibid.*, p. 29.
[11] *Ibid.*, p. 44.

Sul piano strutturale, il progetto si articola in un preambolo e in 14 parti, da cui l'autore enuclea 17 punti cardine di riforma.

Di considerevole interesse si mostra proprio la scelta di inserire nel progetto un preambolo, adombrata per un duplice ordine di ragioni, volte, rispettivamente, ad esplicitare l'inidoneità della *parliamentary sovereignty* a fungere da principio cardine della costituzione (non scritta) inglese e a precisare che i mutamenti sociali ed istituzionali del Regno Unito – a partire dal multiculturalismo – rendono impellente il bisogno di dotarsi di una costituzione scritta, che sia espressione della sovranità popolare.

Al riguardo, fra i cruciali cambiamenti proposti nella prima parte spiccano, all'art. 1, la secolarizzazione dello Stato – che conseguirebbe l'effetto di superare l'indissolubile legame tra monarchia e religione certificato dall'*Act of Settlement* del 1701, oramai considerato dai più critici come un anacronismo – e, agli artt. 6 e 7, l'obbligo di interpretazione conforme delle leggi e, nel caso in cui non fosse possibile, la dichiarazione di incostituzionalità.

Nella seconda parte della bozza di costituzione (artt. 10-31), invece, l'autore si sofferma sulla fisionomia del legislativo e, sul punto, propone delle modifiche di precipua importanza, a cominciare dalla denominazione dei singoli rami del *Parliament*, che abbandonerebbero le diciture "*House of Commons*" ed "*House of Lords*" in favore di "*House of Representative*" e "*Senate*"; un ulteriore (fondamentale) intervento verterebbe poi sulla composizione di quest'ultimo, che, per metà verrebbe ad essere eletto, mentre, per l'altra metà, nominato dalla *Senate Appointment Commission*, organo eletto ma deputato a predisporre le menzionate nomine (art. 77).

Ulteriori disposizioni riguardano l'*House of Representative*, per cui – sulla scia del *Fixed Term Parliamentary Act* del 2011, superato dall'*Early Parliamentary General Election Act* del 2019 – viene introiettato in costituzione il principio di fissità di durata (4 anni), salvi taluni specifici casi previsti dalla Costituzione.

Un'altra innovazione di significativa importanza attiene la prerogativa dell'*assent* ed il controllo di costituzionalità di nuovo conio, che segna una decisa discontinuità con la *parliamentary sovereignty*: precisamente, si mira ad introdurre un'ipotesi vincolata di *refuse* del *royal assent* nel caso di preventiva pronuncia di incompatibilità con la costituzione della *Supreme Court*.

Per stessa ammissione dell'autore, la *devolution* è l'unico *topic* in cui questo progetto di costituzione appare «*incapable of resolution*»[12] e, perciò, si delinea una intricata trama e serie di (eventuali) referendum. Il primo, da tenersi obbligatoriamente in Scozia, Galles ed Irlanda del Nord, dovrebbe chiamare i cittadini ad esprimersi sull'essere o meno vincolati dal presente progetto di costituzione; in subordine, solo nelle aree che si siano espresse favorevolmente sarebbe da celebrarsi un secondo, una volta concluse le negoziazioni ed individuate le modalità e le forme di sottoposizione alla nuova Costituzione. Infine, il procedimento

[12] *Ibid.*, p. 81.

dovrebbe concludersi con un terzo (eventuale e definitivo) referendum, punto terminale di questa articolata scansione.

Dopo queste previsioni sistematiche, nelle sezioni immediatamente successive (dalla terza alla settima), il progetto di costituzione reca disposizioni di dettaglio sulle prerogative delle due Camere, dell'Esecutivo e sul sistema partitico nel suo complesso.

Notevole importanza ricoprono gli artt. 43– 44 (sull'*House of Representative*) – cui rimandano gli artt. 67 e 68 (sul *Senate*) – base normativa per una riforma elettorale che dovrà essere implementata dal Parlamento. Segnatamente, Gordon propone di mantenere parzialmente il *FPTP system* per l'elezione di 350 membri e, contestualmente, di introdurre una "quota" proporzionale di *Alternative Vote*, attraverso cui eleggere 100 *MPs* in 20 diverse *constituencies*.

Come testimonia anche la sonora bocciatura (con il 67,9% di no) del *UK Alternative Vote referendum* del 2011, non si tratta di un inedito nella recente storia costituzionale britannica, dacché la volontà di mitigare gli effetti dell'*arbitrary government* del *FPTP system*[13] con una porzione proporzionale era emersa già nella conclusione del *Power Inquiry* del 2006.

A queste previsioni deve aggiungersi l'art. 46 del progetto, che ripropone la dibattuta questione del *compulsory voting*, il quale demanda ad una legge attuativa la descrizione delle coordinate della «sanzione» della perdita di voto, in caso di mancata ottemperanza all'«obbligo» di voto.

A seguire, l'autore, prima di tracciare i caratteri fondamentali dell'*Executive Power*, enuncia dei correttivi per attenuare la vigente *fusion of powers*, attualmente troppo sbilanciata a favore del Governo: a tal fine, nell'insieme di interventi prospettati si annoverano la contrazione dell'influenza dei *whips*, il rafforzamento dei poteri del *Senate*, il temperamento della gestione governativa dei tempi e, quindi, più in generale, l'irrobustimento dell'indipendenza del *Parliament*.

Quanto all'esercizio dell'*Executive Power*, la bozza di costituzione indica tre principali categorie di poteri in capo al *Prime Minister*, ovvero il potere di nomina dei *Ministers* e degli *special advisors* (art. 94), nonché quello di conferire a uno o più di questi specifiche funzioni (art. 98) e quello di esercitarne alcuni (art. 99–100) – fra cui i *war powers*, la stipula (e il ritiro) dei trattati – che verrebbero ad essere trasferiti per iscritto al *Prime Minister*, a conferma della funzione puramente simbolica riservata alla monarchia (artt. 101- 107) da questo impianto costituzionale.

Nella parte 8 della bozza di costituzione, l'attenzione dell'autore si rivolge al *judicial power*, fissandovi il principio di soggezione alla costituzione (art. 137) e di indipendenza non solo dal legislativo e dall'esecutivo, ma anche dalla «*Citizens' Branch*» (art. 139, su cui *infra*).

A giudizio dell'autore, infatti, non vi è nessuna esigenza di democrazia rappresentativa da dover soddisfare per il *judiciary*, e, anzi, la necessità di mantenere il consenso in vista delle

[13] Sul tema Gordon ricorda le «*serious* injustices» (p. 91) risultato dell'adozione *tout court* del *FPTP system*, tra cui le elezioni del 2005, in cui i *Liberal Democrats*, a fronte del 22% di voto popolare, ottennero solo il 10% dei seggi.

successive elezioni inficerebbe non poco il suo operato. Da evitare è, pertanto, il paradosso dei giudici eletti, perfettamente riassunto da una espressione metaforica di un ex California Supreme Justice, che, per spiegare la condizione di un giudice intento a doversi (ri)assicurare l'elezione, notava che «*is like finding a crocodile in your bathtub when you go in to shave in the morning. You try not to think about it, but it's hard to think about much else while you're shaving*»[14].
Strettamente attigua è la questione dell'*accountability*, che all'articolo 141 viene considerata sia nella sua dimensione individuale (*as an individual*), sia in quella collettiva (*as an institution*): Gordon chiarisce come quest'ultima accezione vada intesa in *an explanatory sense*[15] e implichi un'attività di raccordo con le altre *branches of government*, nelle forme previste dalla legge (art. 142).
Nell'ordine, seguono gli articoli dedicati alla *Supreme Court*, organo di garanzia in piena rottura con la *parliamentary sovereignty*, deputato a «*secure enforcement of the Constitution against even the Government itself*»[16] e così provvisto di (nuovi) penetranti poteri, fra cui rientrano la facoltà di esprimere *preliminary rulings and opinions* e di dichiarare l'incostituzionalità di partiti politici che contrastino con i principi della costituzione nei limiti e nelle forme dettati dalla stessa costituzione (art. 129).
La parte 9 presenta la c.d. *«domestic Bill of Rights»*, la cui codificazione, come pure ribadito nella sessione 2007–2008 della *Joint Committee of Human Rights*, dovrebbe procedere di pari passo con l'elaborazione di una costituzione scritta: si statuisce che la tutela dei diritti inseriti in costituzione debba essere almeno pari a quella garantita ai diritti enunciati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), ma rimane pur sempre salva l'ipotesi di una «*more extensive protection*».
Lo scopo di tale scelta risiede nella convinzione di fondo che una costituzione moderna contenga anche i diritti economici e sociali presenti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, assenti, anche per ragioni cronologiche, nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo.
Ancora, di grande rilevanza sono anche le ultime disposizioni recate sulla *Citizens' Branch*, organo di derivazione venezuelana – che affonda le proprie radici nella *bulè* ateniese – composto da 650 membri sorteggiati tra gli iscritti ai registri elettorali. Al suo interno, si prevede l'elezione di un più ristretto consesso, il *Citizen Council*, cui sono affidate dalla costituzione determinate funzioni, come la generale promozione dei valori costituzionali, o, più nel dettaglio, le prerogative di rendere pareri e raccomandazioni su progetti di legge, proposte di revisione costituzionale, *public inquiries* e di contribuire all'organizzazione dei referendum.
In conclusione, il volume offre una densa panoramica delle problematiche aperte del diritto costituzionale britannico e guida il lettore nelle sue attuali complesse trame, operando

[14] J.D. Fabian, *Paradox of elected judges – Tension in the American Judicial System*, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2001, p. 155.
[15] V. Bogdanor, *Accountability and the Media: "Parliament and the Judiciary: The Problem of Accountability"*, *Sunningdale Lecture*, 9 febbraio 2006.
[16] R. Gordon, *op. cit.*, p. 164.

preliminarmente su ciascun argomento un quadro dello stato dell'arte e stimolando, così, le riflessioni dello studioso su un tema mai sopito, come è quello della prospettiva di una costituzione scritta per il Regno Unito.

numero 1/2025

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-26A

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

The role and traditions of the State Reflections on Kenneth H.F. Dyson, The State tradition in western union, Oxoford University Press, 1980

Alessandro Sorpresa
PhD candidate in European and International Legal Studies, University of Verona

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

The role and traditions of the State Reflections on Kenneth H.F. Dyson, The State tradition in western union, Oxoford University Press, 1980

di Alessandro Sorpresa*

Abstract (Ita): A quasi mezzo secolo dalla sua pubblicazione, il libro di Kenneth Dyson conserva profili di attualità. La riflessione sullo Stato, inteso sia come concetto teorico che come istituzione concreta, sollecita il lettore ad interrogarsi sul ruolo che esso riveste nel contesto contemporaneo. Tale analisi si estende alla ricerca delle forme più adeguate di manifestazione statale, finalizzate a garantire un equilibrio all'interno di un sistema pluralista e multilivello.

Abstract (Eng): Nearly half a century after its publication, Kenneth Dyson's book retains profiles of contemporary relevance. The reflection on the State, understood both as a theoretical concept and as a concrete institution, prompts the reader to question the role it plays in the contemporary context. This analysis extends to the search for the most appropriate forms of State manifestation, aimed at ensuring balance within a pluralistic and multilevel system.

Parole chiave: Stato; idea; istituzione

Keywords: Stato; idea; istituzione

The book[1] offers a comprehensive examination of the concept of the State, both as an idea and as an institution, within the context of Western Europe.

It highlights the similarities and differences between the Anglo-American tradition and the so-called "state-societies", the latter being marked by a State tradition that is notably absent in the former.

To address the complexity of this subject, the author adopts a multidisciplinary approach, ensuring that the analysis remains both accessible and intellectually rigorous.

Early in the text, Dyson offers clarifying remarks to orient the reader toward the book's objectives: «This book will have succeeded if it reverses the tendency in English-language studies of Western European politics to ignore the idea of the State, to write it off as an historical burden on the development of a democratic political consciousness or of some specialists on a particular country to handle it selectively with reference to the experience

* PhD candidate in European and International Legal Studies, University of Verona

[1] Among other reviews, see D. Collins, *The State Tradition in Western Europe: A Study of an Idea and Institution by Kenneth Dyson; The Logic of Unity: A Geography of the European Economic Community by Geoffrey Parker*, in *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, Vol. 57, No. 3 (Summer, 1981), pp. 502-503; M. Meadows, *Dyson "The State Tradition in Western Europe" (Book Review)*, in *Perspective*, Jul 1, 1981, Vol. 10, No. 6, p. 98; C. Tilly, *The State Tradition in Western Europe: A Study of an Idea and an Institution by Kenneth H. F. Dyson*, in *The American Political Science Review*, Dec., 1981, Vol. 75, No. 4 (Dec., 1981), pp. 1073-1074; R. Bendix, *The State Tradition in Western Europe: A Study of an Idea and Institution by Kenneth H. F. Dyson*, in *The American Historical Review*, Vol. 87, No. 1 (Feb., 1982), pp. 147-148; E. J. Eisenach, *The State Tradition in Western Europe by Kenneth H. F. Dyson*, in *Political Theory*, Aug., 1982, Vol. 10, No. 3 (Aug., 1982), pp. 481-484; N. Lewis, *The State Tradition in Western Europe (Kenneth Dyson) (Book Review)*, in *The Political quarterly (London. 1930)*, 1982, pp. 87-89; B. Willms, *The State tradition in Western Europe. A study of an idea and institution by Kenneth H. F. Dyson*, in *Der Staat*, 1983, Vol. 22, No. 1 (1983), pp. 125-127.

of their political system»[2].

The author employs a systematic and methodologically robust approach to critically engage with a diverse range of perspectives within a coherent comparative framework. Notably, Chapters 6 and 7 are devoted to a detailed analysis of French, German, and British theories of the State. Through this comparative lens, Dyson draws insightful connections among these distinct intellectual traditions, elucidating their points of convergence and divergence, as well as their broader theoretical implications. This analytical strategy not only enhances understanding of the subject matter, but also facilitates a critical evaluation of the complex interrelationships among the various interpretive paradigms under discussion. It further offers a richer appreciation of the intricate web of ideas and conceptual frameworks that often elude rigid categorization.

Within this structure, theoretical foundations play a crucial role in shaping and (re)defining the State as an institution fostering integration and interdependence.

The title of the introduction («The State as Idea and Institution») encapsulates Dyson's central aim: to undertake a comprehensive historical and intellectual reconstruction of the traditions through which the concept of the State has evolved. This formulation expresses a dual ambition: to connect abstract theoretical formulations with their concrete institutional manifestations and to bridge the frequently separated domains of theory and practice, concept and context. Dyson presents the State not merely as a legal or political construct, but as a culturally embedded phenomenon whose meaning and function have undergone substantial transformations over time.

The first part of the book («The historical tradition of the State») lays the foundation for this inquiry by tracing the emergence and development of the modern State. Dyson outlines its defining features, paying particular attention to its institutional, social, and symbolic dimensions. He demonstrates that the State, far from being a static entity, has been continually shaped by historical contingencies, power struggles, and evolving societal norms.

Conversely, the second part («The intellectual tradition of the State») forms the conceptual core of the work. Here, Dyson engages with a wide array of socio-political, legal, and philosophical theories that have informed the understanding of the State across different traditions. He introduces a tripartite analytical framework — power, law, and legitimacy — through which he systematically examines these traditions. This structure enables him to delineate the internal logics and tensions of each approach, while drawing meaningful comparisons among them. In doing so, he reconstructs the intellectual genealogy of State theory and evaluates its relevance for contemporary political analysis.

The final part of the book («State as an ideal type and as a 'problem-defining' concept») brings the discussion into a more explicitly normative and practical register. Here, Dyson focuses on the evolving relationship between State and democracy, emphasizing their potential for mutual reinforcement. He explores how the conceptualization of the State can both illuminate and generate political problems. Particular attention is given to the chall-

[2] See K. H. F. Dyson, *The State tradition in Western Europe*, Martin Robertson, Oxford, 1980, p. 7.

enges of translating abstract theoretical models into concrete institutional practices. Dyson investigates the tension between rigid frameworks and more adaptive, flexible governance structures, especially in contexts of crisis or transformation. His analysis reveals the difficulties of aligning theory with the reality of political practice.

Through this structured and multi-layered investigation, Dyson not only provides a critical synthesis of State theory, but also offers a compelling argument for its continued relevance in addressing contemporary challenges.

This point is underscored by the opening line of the preface: «This book has not been easy to write», a statement that reflects the conceptual richness and complexity of the term "State", which, in this context, far exceeds any mere technical definition.

To aid comprehension, Dyson outlines a set of shared characteristics that may serve as a «logically interconnected»[3] conceptual framework: «Besides referring to an entity or actor in the arena of international politics, state is a highly generalizing, integrating and legitimating concept that identifies the leading values of the political community with reference to which authority is to be exercised; emphasizes the distinctive character and unity of the 'public power' compared with civil society; focuses on the need for depersonalization of the exercise of that power; finds its embodiment in one or more institutions and one or more public purposes which thereby acquire a special ethos and prestige and an association with the public interest or general welfare; and produces a socio-cultural awareness of (and sometimes dissociation from) the unique and superior nature of the state itself»[4].

This reconstruction, which links shared values to the notion of authority, highlights the law's integrative role within society. It affirms the importance of the «embodiment of public powers»[5] and underscores «its holism, its normative concern with the nature of public authority and its rationalist preoccupation with the creative role of institutions»[6].

The author opens the discussion with the concept of the State, emphasizing its role in promoting unity. This is underscored, for example, in the following passage: «It was difficult, in a society that was characterized by pervasive fear of 'disintegration', for the intellectual to remain satisfied with an empirical and pragmatic outlook that was concerned with limited practical matters and the patient acquisition of partial knowledge»[7].

In this regard, Norman Lewis has observed that, in "State-less societies", «the absence of a rationalist conception of an ordered society has in turn contributed to the strength of pluralism and representation, a pragmatic view of politics, inert administration and a political elite which seeks not only to separate State and society but also associates with the latter to the advantage of informal networks»[8].

Conversely, «the formal rationality of working arrangements and the institutional embodiment of collective purposes inherent in a developed perception of public laws means that

[3] See K. H. F. Dyson, *The State tradition in Western Europe*, *cit.*, p. 207.
[4] See K. H. F. Dyson, *The State tradition in Western Europe*, *cit.*, p. 206.
[5] See N. Lewis, *The State Tradition in Western Europe (Kenneth Dyson) (Book Review)*, *cit.*, p. 87.
[6] See N. Lewis, *The State Tradition in Western Europe (Kenneth Dyson) (Book Review)*, *cit.*, p. 87.
[7] See K. H. F. Dyson, *The State tradition in Western Europe*, *cit.*, p. 83.
[8] See N. Lewis, *The State Tradition in Western Europe (Kenneth Dyson) (Book Review)*, *cit.*, p. 88.

chronic policy failure and/or indication of civil disobedience in State societies will probably be recognized as legitimation crises»[9]. This, in turn, implies that «the reaction is more likely to be the re-examination of first principles than crisis-management or pragmatic adjustment»[10].

Anyway, Dyson (re)introduces the question of the State into scholarly debate, reinvigorating it within a context that has evolved significantly. Through his analysis, he provides a disciplinary perspective on the broader research tradition. Some commentators have described the book as a «reference work with regard to specific topics concerning the idea of the State»[11], where the comprehensiveness achieved overlooks the reality that «not having enough space for a more detailed consideration of any one author, some of whom are clearly more important than others»[12].

Following the reconstruction outlined by Reinhard Bendix, Dyson's work may be seen as an introductory guide to the extensive literature on the topic: «a useful guide to further reading»[13].

Nonetheless, several scholars, particularly in reference to the book's later chapters, have remarked that the complexity of the analysis can leave readers «often more overwhelmed than informed»[14].

Still, the author's examples provoke meaningful reflection on the mechanisms through which order is maintained both within and beyond the State, and how various centrifugal and centripetal forces can be balanced.

For these reasons, despite being first published in 1980, the book remains remarkably relevant. It continues to offer valuable insights, even as societies have been transformed by wars, pandemics, economic upheavals, and technological revolutions. Though the external landscape has changed, Dyson's work still prompts profound reflection on enduring questions.

Moreover, the theoretical perspectives articulated throughout the text invite readers to critically examine the evolving nature and role of the State in the contemporary world. Rather than treating the State as a monolithic or isolated entity, Dyson emphasizes its complex internal architecture and deep entanglement with sub-national actors and institutions.

These include regional, municipal, and local entities that mediate the relationship between central authorities and diverse socio-political realities. They serve as channels through which localized concerns, socio-economic needs, and specific challenges are articu-

[9] See N. Lewis, *The State Tradition in Western Europe (Kenneth Dyson) (Book Review)*, *cit.*, p. 88.
[10] See N. Lewis, *The State Tradition in Western Europe (Kenneth Dyson) (Book Review)*, *cit.*, p. 88.
[11] See R. Bendix, *The State Tradition in Western Europe: A Study of an Idea and Institution by Kenneth H. F. Dyson*, *cit.*, p. 148.
[12] See R. Bendix, *The State Tradition in Western Europe: A Study of an Idea and Institution by Kenneth H. F. Dyson*, *cit.*, p. 148.
[13] See R. Bendix, *The State Tradition in Western Europe: A Study of an Idea and Institution by Kenneth H. F. Dyson*, *cit.*, p. 148.
[14] Among others, see E. J. Eisenach, *The State Tradition in Western Europe by Kenneth H. F. Dyson*, *op. cit.*, p. 482.

lated and, to varying degrees, addressed within the broader framework of State governance.

At the same time, the State operates within an increasingly interconnected supranational order. Its actions are shaped not only by domestic imperatives, but also by interactions with other sovereign actors and transnational institutions.

This outward-facing dimension is crucial to ensuring systemic stability and fostering cooperation. The interaction between the national and supranational levels underscores the importance of understanding the State as a node within a broader network of governance.

In this multilevel system, the effectiveness of State action depends on the degree to which cooperation and collaboration can be achieved across both horizontal and vertical axes. Horizontal cooperation — among institutions or agencies operating at the same level of governance — and vertical cooperation — linking different levels from local to supranational — are both essential for the development, implementation, and enforcement of coherent regulatory framework. These forms of cooperation facilitate the articulation of shared goals, the harmonization of regulatory standards, and the efficient allocation of resources, thereby enhancing the State's overall capacity to respond to today's complex policy challenges.

In this context, the concept of the State — though grounded in diverse and often competing theoretical traditions — emerges as a vital instrument for both managing internal diversity and mediating among the competing interests that arise within and across different levels of government. Dyson highlights this point by linking such variations to distinct "traditions", each offering a different lens through which the State's legitimacy, role, and function can be understood and assessed.

Promoting a culture of autonomy — understood not as a threat to cohesion, but as a means to reinforce it[15] — may foster deeper commitment to shared rules and institutions. Such a perspective can enhance respect for regulatory frameworks, even in situations marked by uncertainty, crisis, or rapidly changing circumstances. Moreover, the idea of unity should not be seen as fixed or given; rather, it must be continuously constructed and reconstructed through political, social, and institutional processes that may, at times, extend beyond traditional geographical boundaries.

Dyson's work offers a significant contribution to the conceptual foundations of institutional life, particularly in relation to the modern State. By framing his analysis in relation to the dynamic evolution of statehood, he maintains a focus on those at the heart of political institutions: the people. In doing so, he reaffirms the importance of anchoring theoretical inquiry in the lived realities and practical consequences of governance.

---

[15] See M. SAHADŽIC, *Asymmetry, Multinationalism and Constitutional Law*, London-New York, Routledge, 2021, pp. 215 ss.; M. SAHADŽIC, *Non-Hierarchical Coordination of Multi-Level Asymmetries for (Dynamic) Stability. Finding the Balance Between Convergence and Divergence*, in M. SAHADŽIC, M. KOS, J. Kukavica, J. G. Wischhoff, J. SCHOLTES (eds.), *Accommodating Diversity in Multilevel Constitutional Orders. Legal Mechanisms of Divergence and Convergence*, London-New York, Routledge, 2023, pp. 35 ss.

In this regard, the relevance of Dyson's work extends well beyond the disciplinary boundaries of political science. Through a nuanced examination of key themes such as authority, power, freedom, and social cohesion, the author provides a rich and thought-provoking contribution of interest to scholars across a range of different disciplines.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-A69

costituzionalismo britannico e irlandese

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a L. Moran, Law, Judges and Visual Culture, London-New York, Routledge, 2021

Angioletta Sperti
Professoressa ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Recensione a L. Moran, Law, Judges and Visual Culture, London-New York, Routledge, 2021

di Angioletta Sperti*

Abstract (Ita): Il contributo si propone di illustrare i principali profili di interesse del libro di L. Moran - che nella prospettiva originale della visual culture - si propone di ricostruire la storia ed il ruolo delle corti e dei giudici dell'Inghilterra e del Galles. La recensione evidenza come il principale pregio dell'opera sia quello di dimostrare l'importanza delle immagini nel rappresentare e definire la relazione del potere giudiziario con gli altri poteri dello stato e l'attualità di tale strumento di comunicazione nell'attuale contesto di profonda trasformazione della comunicazione istituzionale.

Abstract (Eng): This paper aims to highlight the core topics in L. Moran's book, which – through the original lens of visual culture – seeks to examine the historical evolution and the role of courts and judges in England and Wales. The review emphasizes that the work's primary merit lies in its ability to demonstrate the importance of visual imagery in representing and shaping the relationship between the judiciary and the other branches; it also stresses the current relevance of visual communication in the context of profound transformations in institutional communication.

Parole chiave: comunicazione istituzionale; magistratura; cultura visiva; opinione pubblica

Keywords: comunicazione istituzionale; magistratura; cultura visiva; opinione pubblica

Key Words: institutional communication, judiciary, visual culture, public opinion

Il libro di Leslie Moran analizza la magistratura dell'Inghilterra e del Galles attraverso le immagini che ritraggono le corti, i giudici ed il modo in cui essi si relazionano con i cittadini. Il libro ricostruisce, quindi, in una prospettiva nuova ed originale, la storia del potere giudiziario attraverso le immagini, ed analizza il ruolo che esse hanno giocato non solo sul piano comunicativo, ma anche, in una prospettiva più generale, nell'elaborazione della cultura giuridica di *common law*.

Negli ultimi anni, sia nel Regno Unito che in altri ordinamenti, le corti – in particolare le corti supreme e costituzionali – hanno sviluppato nuove strategie di comunicazione per illustrare ai cittadini con maggiore efficacia il proprio ruolo, spiegare l'impatto delle sentenze sulla loro vita quotidiana, rafforzare l'integrazione sociale intorno ai principi costituzionali ed accrescere la fiducia nei confronti del potere giudiziario[1].

Per perseguire tali obiettivi, le corti hanno affiancato ai tradizionali strumenti di comunicazione (il comunicato stampa, la conferenza stampa) iniziative di particolare impatto mediatico con l'obiettivo di stabilire un contatto "diretto" con il pubblico (come le udienze pubbliche fuori sede e gli incontri con la cittadinanza). Al tempo stesso, tutte le corti, soprattutto quelle supreme, hanno potenziato la propria comunicazione attraverso i siti *web*, arricchendoli di contenuti visivi innovativi ed interessanti per il grande pubblico.

Le immagini dei giudici e delle corti vengono oggi diffuse attraverso una molteplicità di canali (siti web, rapporti annuali in formato cartaceo e online, social media, TV e stampa), contribuendo in modo significativo ad una nuova narrazione delle corti, in particolare di

* Professoressa ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

[1] * Professoressa ordinaria di Diritto Pubblico Comparato nell'Università di Pisa. Mi sia consentito rinviare, per una ricostruzione generale su questi temi ad A. Sperti, Constitutional Courts, Media and Public Opinion, Hart Publishing, 2023, nonché – con specifico riferimento alla comunicazione della Corte Suprema inglese a *La Corte Suprema del Regno Unito e i cittadini,* in fasc. 2/2024, p. 157 ss.

quelle costituzionali e supreme. Le gallerie fotografiche, i tour virtuali nei palazzi delle corti, ma anche le mostre fotografiche costituiscono, quindi, uno strumento particolarmente importante non solo ai fini della comunicazione propriamente istituzionale, ma anche per trasmettere un senso di vicinanza e di apertura delle corti ai cittadini.
In questo contesto, la Corte Suprema del Regno Unito ha curato in modo particolare, sin dalla sua istituzione, la comunicazione e l'immagine, anche al fine di spiegare ai cittadini la novità del proprio ruolo. A tali fini ha diffuso molte fotografie del plenum, dei singoli giudici e della sua nuova sede, sia attraverso un *Annual Report and Accounts* che sul suo sito istituzionale.
L'attenzione per l'importanza della comunicazione per immagini è, invece, maturata solo più recentemente in altre corti costituzionali. Sia la Corte Costituzionale tedesca che la Corte costituzionale italiana hanno annunciato nel 2021 la pubblicazione del loro primo rapporto annuale con l'intento di «andare oltre la semplice pubblicazione di dati statistici[2] e di sentenze». I siti web e i rapporti annuali sono stati, quindi, arricchiti di immagini che ritraggono non solo gli ambienti interni delle sedi delle corti ed i giudici in toga, o seduti dietro il loro banco durante le udienze pubbliche, ma anche i giudici in abiti informali, mentre discutono fra loro o percorrono i corridoi delle corti.
I rapporti annuali delle corti – sia nel Regno Unito che in altri paesi, fra cui la Francia e il Canada – pubblicano, inoltre, i resoconti delle molte occasioni pubbliche di incontro tra i giudici e i cittadini o esponenti del mondo della cultura, dello spettacolo, della stampa con l'intento di presentare, rispetto al passato, l'immagine di un potere giudiziario non più chiuso nei propri palazzi, ma vicino ai cittadini e agli ambienti culturali e sociali.
Il bel libro di Leslie Moran muove da queste novità e dalle nuove esigenze della comunicazione istituzionale del potere giudiziario e, soffermandosi in particolare sull'esperienza dell'Inghilterra e del Galles, smentisce in modo convincente quella che egli ritiene essere «una delle conclusioni più comuni tra gli studiosi», ossia l'idea che i ritratti dei *public officers*, come i giudici, «non meritino un'analisi approfondita». Le fotografie possono, infatti, svolgere un ruolo importante nel comunicare ai cittadini in modo efficace una nuova immagine del potere giudiziario. Rispetto al passato, quando i ritratti erano spesso inaccessibili al grande pubblico e molto formali, le foto ufficiali più recenti forniscono informazioni sull'organizzazione interna delle corti, sul ruolo istituzionale del Presidente rispetto agli altri membri, sulle funzioni e sul rapporto delle corti con i cittadini, gli studiosi e gli avvocati, sia durante le udienze pubbliche sia negli eventi pubblici.
Moran sottolinea, in particolare, che i ritratti e le fotografie svolgono un doppio ruolo nella formazione dell'identità delle corti: essi contribuiscono, in primo luogo, alla costruzione del ruolo e dell'immagine del soggetto ritratto e, in secondo luogo, alla formazione "di un'identità istituzionale di gruppo" delle Corti. Attraverso un'ampia carrellata di immagini dei giudici che hanno fatto la storia del potere giudiziario inglese, egli dimostra come le immagini si rivolgano ad un pubblico eterogeneo, quello degli altri «colleghi giudici, della più ampia *legal community* e ad una varietà di pubblici della società civile che compongono il pubblico in generale».
Le fotografie ed i ritratti dei giudici – prosegue Moran – «offrono quindi l'opportunità di considerare l'impatto sia della continuità che del cambiamento sulla magistratura e sul suo

[2] Tribunale costituzionale federale, "*Federal Constitutional Court publishes annual report for the first time*", Comunicato stampa n. 19/20 del 3 marzo 2021 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2021/bvg21-019.html)..

ruolo politico, sociale e culturale». Analizzando i contenuti delle immagini, nonché le varie modalità e tecnologie di produzione, distribuzione e consumo delle immagini, è possibile comprendere come «ciò che appare all'interno della cornice sia modellato dalle idee astratte, dai valori e dalle virtù associate all'istituzione e alla collettività. Il ritratto del singolo soggetto diventa un veicolo non solo per plasmare valori e virtù istituzionali, ma anche per renderli visibili, pubblici e accessibili. L'immagine gioca, quindi, un ruolo nella costruzione e nella rappresentazione dell'individuo ritratto e, allo stesso tempo, forma e mette in mostra l'identità dell'istituzione». Inoltre, «i ritratti dei giudici – prosegue l'Autore – intrecciano le esigenze istituzionali associate ai ritratti professionali e statali con la somiglianza e la verità del soggetto ritratto e con le mode estetiche dell'epoca».

Il libro di Moran offre, inoltre, un importante contributo allo studio del potere giudiziario, perché evidenzia come i canoni estetici non si limitino a definire i diversi ruoli e le attribuzioni istituzionali, ma trasmettano anche "il simbolismo" delle corti. Dal momento che, «non sono mai state prodotte immagini di giudici in tale varietà e quantità ed in così tanti contesti giurisdizionali diversi», Moran spiega come i giudici siano rappresentati ora come membri della società civile (quando indossano abiti normali), ora nell'esercizio delle loro funzioni (quando vestono la toga durante le udienze) ed, infine, nel loro ruolo nel potere giudiziario o nella forma di governo nel suo complesso (quando indossano una toga cerimoniale o accessori simbolici). Osserva, quindi, che «l'immagine del soggetto ritratto è modellata ed è fatta per incarnare, e quindi rappresentare, un insieme di principi astratti, qualità e caratteristiche dello Stato».

Infine, il libro sottolinea come le immagini trasmettano il cambiamento nel rapporto tra le corti e l'opinione pubblica. Mentre in passato, le immagini dei giudici in abiti civili non sarebbero state concepibili, oggi esse contribuiscono a trasmettere un senso di vicinanza del potere giudiziario ai cittadini e ad evidenziare l'impatto delle loro decisioni nella vita quotidiana.

Il libro di Moran apporta, dunque, un contributo significativo allo studio del potere giudiziario in Inghilterra e in Galles ed offre spunti per una più ampia riflessione di diritto comparato. Nell'affrontare l'analisi del ruolo delle corti e del loro rapporto con gli altri poteri ed i cittadini da una prospettiva sino ad oggi inesplorata dagli studi scientifici, l'Autore lancia una sfida alla ricerca scientifica sulle corti, mettendo in discussione i tradizionali ambiti di ricerca, anche in prospettiva comparatistica. Come Moran ricorda, la dottrina di *common law* ha, infatti, in passato studiato le corti essenzialmente attraverso "la parola", ossia attraverso le sentenze e le leggi che ne disciplinano il funzionamento. Le immagini sono tradizionalmente rimaste escluse dalla riflessione scientifica, probabilmente in ragione di un "pregiudizio iconoclasta" che ebbe le proprie origini nella riforma protestante, quando – ricorda Moran – fu ordinata la distruzione di tutti i ritratti ufficiali. A queste considerazioni si potrebbe anche aggiungere l'effetto prodotto sulla riflessione scientifica dal tradizionale assunto secondo cui "le corti parlano solo attraverso le sentenze". Nel presupposto che ogni altra forma di "discorso" diversa dalla sentenza potesse incidere sull'imparzialità e sulla legittimazione delle corti, la comunicazione istituzionale dei giudici è stata ispirata per molti anni ad un tendenziale *self-restraint* e limitata alla sola prospettiva della *trasparenza* sull'attività giurisprudenziale.

Dopo il recente interesse della dottrina per la profonda trasformazione della comunicazione istituzionale delle corti e per il rapporto tra corti e società civile, e dopo l'ampio sviluppo degli studi di *law and literature*, il libro di Moran fornisce il tassello mancante nella

riflessione sul potere giudiziario. La sua ricerca dimostra, inoltre, l'importanza di una riflessione interdisciplinare, l'unica che possa a mio parere consentire di cogliere la complessità del ruolo della magistratura nell'attuale scenario giuridico e sociale.

numero 1/2025

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-MD5

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a Marie-France Fortin, *The King can do no wrong. Constitutional fundamentals, Common Law, History, and Crown liability*, Oxford University Press, 2024

Alessandro De Nicola
Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico Comparato
Università degli studi Roma Tre

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

RECENSIONE A MARIE-FRANCE FORTIN, *THE KING CAN DO NO WRONG CONSTITUTIONAL FUNDAMENTALS, COMMON LAW, HISTORY, AND CROWN LIABILITY*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2024

di ALESSANDRO DE NICOLA*

ABSTRACT (ITA): La recensione del volume di Marie-France Fortin, intitolato *The King Can Do No Wrong. Constitutional Fundamentals, Common Law, History, and Crown Liability* si propone di mettere in luce le principali tematiche trattate nello studio. Il testo di Fortin studia, con un taglio storico-costituzionalistico, come il principio *The king can do no wrong* si sia evoluto dal Medioevo, fino ai giorni odierni, utilizzando un modello euristico che prende in esame sia la dimensione sostanziale, che la dimensione procedurale della responsabilità del re (evolutasi, nei tempi recenti, nel concetto di responsabilità della corona). Inoltre, il capitolo conclusivo offre uno stimolante studio comparato, mediante il quale l'Autrice indaga come il principio in parola si sia affermato – e trasformato – negli ex possedimenti dell'impero britannico, Stati Uniti e Repubblica d'Irlanda. In aggiunta, l'analisi comparata prende in esame anche l'Australia, in cui la responsabilità della Corona ha assunto tratti diversi da quelli propri della *common law* inglese e del Nord America.

ABSTRACT (ENG): This review of Marie-France Fortin's volume *The King Can Do No Wrong. Constitutional Fundamentals, Common Law, History, and Crown Liability* aims to highlight the main topics addressed in the work. Fortin's study adopts a historical-constitutional approach and reconstructs the evolution of the principle *The King Can Do No Wrong* from the Middle Ages to the present day. By using a heuristic model, the book examines both the substantive and procedural dimensions of royal liability, an idea that, in more recent times, has developed into the modern concept of Crown liability. The final chapter presents a stimulating comparative analysis in which the author explores how this principle has been adopted and transformed in the former territories of the British Empire, including the United States and the Republic of Ireland. The analysis also considers Australia, where Crown liability has developed in ways that differ from those found in English and North American common law traditions.

PAROLE CHIAVE: Sovrano, Common Law, Illeciti

KEYWORDS: Sovereign Immunity, Common Law, Torts

Il libro di Marie-France Fortin è incentrato sull'affermazione e la successiva evoluzione nella *common law* inglese del principio *The king can do no wrong*. Il volume si prefigge un duplice obiettivo: da una parte, si intende ricostruire sistematicamente l'evoluzione della dottrina costituzionalistica attorno a predetto principio; dall'altro, ci si concentra su quale sia il significato attuale di questa iconica massima.

Lo scopo dell'Autrice è, infatti, dimostrare che la lettura contemporanea della responsabilità del sovrano sia il frutto di una stratificazione storica iniziata nel tardo Medioevo e via via rafforzatasi nel corso delle diverse epoche. Non si tratterebbe, dunque, come spesso siamo portati a credere, di un principio sempiterno, rimasto immutato nel corso del tempo e refrattario a ogni tipo di condizionamento. Al contrario, esso muta e si plasma per mezzo dei diversi accadimenti che hanno segnato il cammino costituzionale dell'Inghilterra. Lo studio, dettagliato e ricco di fonti dottrinali, normative e giurisprudenziali, ha un taglio di tipo storico-costituzionalistico, con la presenza di

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi Roma Tre.

importanti riferimenti alla teoria generale e alla comparazione, sulla quale ci si sofferma nell'ultima parte dell'opera. La prospettiva dell'Autrice è ben descritta dalla seguente affermazione: «*As would do an archaeologist or a geologist, uncovering the king can do no wrong is akin to discovering 'new layers being added over more ancient ones' as 'new understandings were added to the layers of older understandings, which retained their relevance*» (p. 20).

Lo studio prende le mosse da un'approfondita descrizione della metodologia utilizzata. Come specificato nel primo capitolo, infatti, l'Autrice adotta un "modello euristico", ricostruendo le diverse interpretazioni che il principio *The king can do no wrong* ha assunto nel corso dei secoli. Tale scelta metodologia, invero, è strumentale a facilitare ed accompagnare sia la ricerca, sia il lettore nella progressiva comprensione dell'elaborazione cui è andato incontro il principio in parola. Alla base, però, vi è l'idea – sulla quale sarà incentrato tutto lo studio – che la responsabilità del sovrano debba essere scissa in due dimensioni: una «*substantive dimension of crown liability*», che si collega a «*the king's capacity to do wrong*», e una «*procedural dimension of crown liability*», da intendersi, invece, «*as his amenability to justice*» (p. 34).

Nell'approfondire i richiamati profili e nel definire i rispettivi contenuti, un contributo fondamentale è offerto da tre nozioni legate alla responsabilità del sovrano: lo status del re in relazione alla legge (vale a dire se egli sia concepito quale un'entità sottoposta o meno alla legge); la perfezione del re (se egli sia considerato perfetto o meno), l'immunità del re da azioni giudiziarie. In particolare, viene in evidenza come l'idea della perfezione sia associata all'infallibilità del re. Inoltre, il concetto di assoggettabilità del re alla legge e, quindi, ai procedimenti penali si ricollega all'assunto *The king not being entitled to do wrong*: qualunque cosa faccia il sovrano è legale, sicché i comandi illeciti sarebbero da ritenersi nulli. Nel corso dei secoli, però, le tre richiamate nozioni si sono diversamente combinate tra loro, finendo così per influenzare e ricalibrare l'ampiezza della responsabilità del sovrano nelle due dimensioni, sostanziale e procedurale.

Gli scritti di Bracton dimostrano che la concezione del *The king can do no wrong* si sia sviluppata nel corso del tardo Medioevo. Tradizionalmente essa viene fatta risalire al 1483, sulla base di una presunzione legale che trova matrice nel diritto fondiario, relativamente alla *king's disseisin.* Cionondimeno, l'espressione è stata coniata da Plowden e Coke, due eminenti esponenti del pensiero giuridico inglese durante il regno dei Tudor, ed era connessa alla concezione brectoniana secondo cui il *king is not entitled to do wrong*, ma poteva sbagliare. Delle tre nozioni (lo status del re dinanzi alla legge, la perfezione del re e l'immunità dal giudizio) solo due giocarono un ruolo durante il Medioevo. A venire in evidenza era la distinzione tra la nozione di status legale del re rispetto alla legge e quella della sua immunità in giudizio. A riprova di ciò, infatti, lo stesso Bracton affermava che il re era sì soggetto alla legge, ma contro di lui non poteva essere emesso un *writ*.

In questo specifico contesto trovò spazio il *petition of right*, introdotto quale strumento che permetteva alle parti lese di chiedere giustizia al re, il quale avrebbe dovuto amministrarla per correggere un torto (tanto suo come dei suoi funzionari). Orbene, la soggezione del re alla legge e l'istituzione di un *petition of right* contribuirono in modo significativo a tratteggiare le due dimensioni, quella sostanziale e quella procedurale, della responsabilità del sovrano.

Spostando in avanti l'orizzonte temporale, viene ricordato come il XVII secolo abbia portato con sé una crisi politico-istituzionale che stravolse la storia inglese, icasticamente rappresentata dal regicidio di Carlo I. Ciò ebbe inevitabilmente delle ripercussioni anche sulla concezione di sovranità. Dopo la restaurazione dell'istituzione monarchica, infatti, si assistette a un ripensamento in tema di responsabilità del sovrano.

Il patto costituzionale raggiunto con la Gloriosa Rivoluzione prevedeva che «*the king is immune from suit but everyone else is liable instead*» (p. 137). Focalizzando l'attenzione sulla concezione *the king can do no wrong*, viene in evidenza come in quel periodo si registrasse uno scollamento dall'idea bractoniana secondo cui il re *was not entitled to do wrong*, a favore di un progressivo avvicinamento a quella, senz'altro differente, di «*king's immunity from suit and ministerial responsability*» (p. 137). In altre parole «*the king can do no wrong became strongly associated in legal thinking today with the political theory that the king is not accountable but that his ministers are can be observed in major legal treatises*» (p. 137). Gli sviluppi occorsi in quel secolo turbolento determinarono un'ulteriore evoluzione del pensiero giuridico: «*as the king is not capable of committing a wrong (substantive dimension of crown liability) and not amenable to justice (procedural dimension)*» (p. 138).

A partire dal XIX secolo, invece, si è assistito a un nuovo mutamento: dalla concezione *the 'king' can do no wrong*, ci si è mossi verso l'idea *the 'crown' can do no wrong*, con ciò significando l'estensione − abbastanza recente − delle immunità al Governo centrale (p. 183). Le incertezze sorte attorno alla nozione di corona hanno finito per privare l'espressione *the king can do no wrong* del significato che ne sarebbe derivato dal patto costituzionale del XVII secolo, che riconosceva l'immunità soltanto al re, mentre restava ferma la responsabilità dei ministri, dei suoi servitori e del Governo. L'assimilazione del re con la nozione formale di corona (da intendersi come apparato afferente al Governo centrale), registratasi a partire dai *Mersey Docks cases*, ha comportato un'alterazione del patto costituzionale successivo alla Gloriosa Rivoluzione. In origine, l'accordo prevedeva che il re non potesse essere citato in giudizio. D'altro canto, però, esisteva il *petition of rights*, il cui presupposto, per di più, era l'esistenza di un illecito: tutto ciò mal si conciliava con l'interpretazione del re che non potesse sbagliare. Le decisioni della corti nel XIX secolo rappresentarono, dunque, un allontanamento dalla teoria secondo cui il re fosse capace di compiere atti ingiusti.

L'Autrice dedica ampio spazio alla definizione del termine *crown*. Lungi dall'essere una mera questione nominalistica, nella prima metà del XIX secolo era il re ad essere identificato con la corona, tanto che quest'ultima era intesa come una «*corporation sole*». Nella seconda metà del secolo, invece, si sviluppò una nozione più ampia, che comprendeva altresì i dipartimenti del Governo centrale, consideranti come una «*corporation aggregate*». Conseguentemente, venne meno la distinzione tra il re e i dipartimenti del Governo e perciò l'immunità di cui godeva il re venne estesa anche questi ultimi, in quanto si riteneva che fossero rappresentanti del sovrano. In proposito, meritano di essere sottolineate alcune precisazioni dell'Autrice: «*Government departments were at the same time crown servants and the crown itself. Because they were not masters of crown servants but rather crown servants themselves, public officials and government departments were not recognized as capable of doing wrong because they did not issue*

wrongful commands as masters. They were not amenable to justice either, both because they were not vicariously liable for the wrongs of fellow crown servants but also, paradoxically, because they fell under the formal notion of the crown». (p. 184).

Sempre con riferimento al XIX secolo, l'opera in commento pone in risalto come anche il *case law* abbia contribuito al ripensamento del principio *The king can do no wrong.* In particolare, nelle decisioni *Tobin* e *Feather*, l'interpretazione datane dalle corti è stata quella di ritenere che il re non fosse soggetto alla giustizia. In *Tobin*, in particolare, il concetto secondo cui il re non può commettere errori conduceva ad affermare che il re non poteva essere citato in giudizio (né civilmente, né penalmente) per un suo presunto errore. Nella medesima prospettiva si muoveva anche il caso *Feather*, quandanche con argomentazione maggiormente incentrate su aspetti di carattere procedurale.

In definitiva, come rimarcato nel testo, i casi *Tobin e Feather* hanno contribuito a reinterpretare il principio «*as the fiction that there is no wrong in the king in the eyes of the law. This new fiction of the absence of a wrong in the king operated a reversal of the two dimensions of crown liability, as the king's amenability to justice becamethe prevalent concern, and his capacity to do wrong was obfuscated*» (p. 299). Nondimeno, il risultato che si venne a determinare fu che la sottoposizione a giustizia degli alti ufficiali dei dipartimenti del Governo iniziò ad essere negata. La loro capacità di *to do wrong* fu "offuscata" (*obfuscated*), come fu quella del re (p. 299).

Il risultato della nuova elaborazione del XIX secolo della nozione formale di *crown* (da intendere come governo centrale) – e la reinterpretazione del principio *The king can do no wrong* – hanno condotto a un'importante modificazione dell'accordo costituzionale raggiunto nel XVII secolo.

La riflessione si snoda fino ad approdare al XX secolo e al *Crown Proceedings Act* del 1947. Si tratta di una svolta di non poco momento, posto che riconosce che la corona possa essere citata in giudizio in materia civile. In proposito, però, l'Autrice non manca di sottolineare come tale tipo di responsabilità rimanga limitata, in quanto deve essere individuato un torto da parte di un servitore della corona. Non esiste, dunque, una responsabilità diretta dell'apparato governativo, con evidenti ripercussioni anche sul piano del rispetto dei principi dello Stato di diritto.

La riflessione sulla massima *The king can do no wrong* prende altresì in esame pronunce molto recenti. Emblematici, anche per la eco che hanno avuto Oltre Manica, sono casi *Miller 1* e *Miller 2*, relativi all'uscita del Regno Unito dall'Unione europea. Sebbene in entrambe le pronunce non si faccia esplicitamente riferimento al principio *de quo*, esso è tuttavia presente in filigrana, laddove si afferma che non potesse essere considerato un torto del sovrano aver acconsentito alla richiesta del Primo Ministro di prorogare il Parlamento.

Da ultimo, di notevole pregio è la parte comparativa, a cui l'Autrice dedica il sesto capitolo, prendendo in esame le sorti del principio *the king can do no wrong* negli Stati Uniti, in Irlanda e Australia, con interessanti riflessioni circa le metamorfosi che hanno interessato suddetta massima nei contesti esaminati e, ancor più, nei due di matrice repubblicana.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-10E

costituzionalismo britannico e irlandese

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a Giovanni Criscuoli, Introduzione allo studio del diritto inglese Le Fonti, Giuffrè, Milano, 2021

Mario Serio
Già Professore Ordinario di Diritto privato comparato, Università di Palermo

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Recensione a Giovanni Criscuoli, Introduzione allo studio del diritto inglese Le Fonti, Giuffrè, Milano, 2021

di Mario Serio*

Abstract (Ita): L'introduzione allo studio del diritto inglese di Giovanni Criscuoli, sottotitolato Le Fonti, edito per la prima volta nel 1981, con prefazioni di prestigiosi giuristi italiani e stranieri, e successivamente aggiornato fino all'edizione del 2000, di 3 anni precedente la Sua prematura scomparsa, costituisce una pietra miliare nello studio di quell'ordinamento che l'usura del tempo non potrà scalfire. L'originalità del metodo, la ricchezza delle informazioni, la lucidità dell'analisi critica, la finezza espositiva fanno dell'opera un insuperato modello scientifico che continuerà ad ispirare più generazioni di comparatisti italiani e stranieri.

Abstract (Eng): Late Professor Giovanni Criscuoli was one the most eminent Italian comparatists. He specialized in the English common law: He devoted most of his scientific works to the identification on a systematic basis of each formant which constitutes the coherent body of such a legal system. Though in an early stage He concentrated on a number of topics related to single institutes, such as the negative influence of unfair advertisements on the free formation of contracts, He then proceeded to a thorough study of the English law of contract in a monographic publication first edited in 1968 and subsequently updated in following editions. But the most renowned and successful volume encapsulating the great knowledge of the English law as a whole was his Introduction dedicated to The Sources firstly edited in 1981 and then updated until 2000, just 3 years before he sadly passed away. All the main aspects of such a peculiar legal system were dealt with in a clear and original form which continues to be a leading text in the matter.

Parole chiave: Diritto inglese; fonti; metodo comparatistico

Keywords: English common law; sources of law; methodology of comparative law

Se il successo di un'opera, e la sua permanente rilevanza nell'ambiente culturale di riferimento, si misura principalmente dalla durata del successo stesso è indubbio che quella che costituisce oggetto della presente recensione rientri a pieno titolo nella ristretta cerchia dei volumi giuridici che hanno fatto la storia della disciplina professata.

Lo studio del diritto inglese, sublimato nelle varie edizioni dell'Introduzione, ha in sostanza coinciso con la vita stessa dell'Autore, ovviamente in senso scientifico e non biologico.

Ed infatti, Giovanni Criscuoli visse per studiare, conoscere, approfondire ed infine spiegare ed insegnare il diritto inglese. Senza un attimo di pausa e senza mai sentirsi appagato, impegnato come era a scavare ancora più a fondo il terreno da esplorare, alla ricerca di zolle non battute e di dati esperienziali originali e, quindi, meritevoli di essere considerati non solo in sé ma per la loro possibile capacità di innovare, modificare, ridisegnare assetti ed apparati concettuali anche dal Maestro reputati consolidati.

La passione euristica di Giovanni Criscuoli non è soltanto una nota biografica che lietamente affiora alla mente di chi da Lui ha tratto il seme della stessa passione: essa è anche oggettivamente testimoniata dalla sua produzione scientifica in continua, frenetica evoluzione. Questo non ha, d'altro canto, implicato la debolezza del complessivo impianto di ricostruzione del sistema giuridico inglese, avendo solo sollecitato l'esigenza di porlo costantemente a raffronto, per saggiarne la perdurante tenuta, con le nuove, anche episodiche, emergenze.

* Già Professore Ordinario di Diritto privato comparato, Università di Palermo

Ma questa notazione, che ha rappresentato il più fecondo "*exemplum*" di dedizione accademica per chi ha avuto la straordinaria fortuna di incamminarsi lungo la via tracciata dal Maestro, costituisce, a propria volta, l'intera cifra contraddistintiva dell'opera di Criscuoli. Opera ricca per quantità, finissima per qualità, esemplare per originalità, intramontabile per rigore.

Apparsa per la prima volta nel 1981, nella forma robusta ed articolata che avrebbe mantenuto fino all'ultima edizione del 2000, di tre anni precedente la sua prematura scomparsa il 16 ottobre 2003, il germe dell'opera era stato pubblicato, sotto forma di Sintesi del diritto inglese, nel 1977, al termine di quella che definì una (prima, è il caso di aggiungere) «bella stagione di lavoro» (così nella dedica del 23 febbraio di quell'anno). Ma anche di questa prima, succosa bozza del futuro "*opus magnum*" erano presenti significative tracce preparatorie in taluni brevi scritti apparsi nei primi anni '70 del secolo scorso in una rivista specialistica dell'allora Cassa di Risparmio per le province siciliane Vittorio Emanuele Orlando. Questi scritti propedeutici alla completa maturazione dell'imponente progetto culturale avevano ulteriormente beneficiato dell'originario, sistematico approccio allo studio del *common law* inglese che ne Il contract nel diritto inglese del 1968 – anche di quest'opera seguirono nuove edizioni – trovò felice compimento sempre grazie all'adozione del metodo comparatistico impiegato negli anni immediatamente anteriori in un più contenuto, ma vivace, contributo sugli effetti decettivi del consenso contrattuale per effetto di pubblicità reclamistica non obiettiva.

Ed allora, se si vogliono cogliere le radici ispiratrici dell'Introduzione non la si può dissociare, cronologicamente e contenutisticamente, dal pregresso impegno pubblicistico, i cui segni sono ben visibili nella prima.

Si diceva che la originaria pubblicazione del volume recensito risale al 1981: ed è quella l'edizione alla quale qui ci si riferisce. Per due motivi fondamentali. In primo luogo, perché in essa risiede l'immutata nel tempo architettura dell'opera; in secondo luogo, per i prestigiosi commenti introduttivi svolti da prestigiosi giuristi italiani e stranieri.

La descrizione più fedele e completa del volume va accreditata, oltre ai commenti di cui ci si occuperà brevemente più avanti, alla presentazione fatta dallo stesso Autore. In effetti, si tratta di un programma di metodo, dell'espressione del modo di intendere la comparazione giuridica, di un manifesto epistemologico del diritto inglese.

In questa sede la presentazione è destinata a costituire il cuore pulsante dell'ininterrotto, luminoso itinerario di pensiero di Giovanni Criscuoli. Ad essa deve, pertanto, precipuamente rivolgersi lo sguardo.

L'Autore esordisce mostrandosi consapevole che l'atteggiamento che l'approssimarsi al diritto inglese impone alternativamente o una piena recezione o un altrettanto pieno ripudio di quel modello ordinamentale, tanto accentuate sono le sue irripetibili caratteristiche. Ma questo radicalismo viene subito mitigato allorché si riconosce che la peculiarità di quel sistema giuridico ben può generare sentimenti di ammirazione nell'osservatore straniero in ragione della circostanza che esso «esalta la socialità non solo come senso corale, ma anche come rispetto del collettivo per l'individuale» e «rispetta la tradizione non come mera forma o conservazione, ma come indice di fiducia in sé stessi e nella propria storia», esprimendo «una giustizia sinceramente e profondamente amata dal suo popolo».

Da queste tre proposizioni concatenate e logicamente inscindibili traspare la più lucida e duratura analisi morfologica del diritto inglese, del suo spirito democratico, della sua stretta connessione con l'elemento umano. Ed infatti, viene additato come coerente un intreccio apparentemente contraddittorio: la socialità, intesa come valore solidaristico che permea la vita di un'intera collettività, viene acutamente vista come presupposto essenziale del rispetto per le esigenze delle singole persone in omaggio ad una tradizione autenticamente liberale. Ed ancora, emerge con nettezza una nozione promettente del conservatorismo giuridico, declinata non nel senso della pigra adesione alle esperienze del passato ma come accreditamento della sua intatta attitudine a governare il presente, ricorrendone, è sottinteso, le condizioni. Ed infine, viene enunciata la più profonda delle manifestazioni esteriori del *common law* (l'utilizzazione dell'articolo maschile è sempre stata una roccaforte concettuale del Maestro ispirato ad una concezione del termine *law* in senso ordinamentale e globale, in questo incoraggiato dall'opinione espressagli da Lord Denning che in un messaggio privato scrisse che l'espressione avrebbe dovuto essere declinata «*in the masculine rather than in the feminine*»), ossia la sua origine popolare, in quanto traente origine dalla storia dell'amministrazione della giustizia, prima in sede locale e successivamente irradiatasi a livello centrale. Proprio questo suo collegamento genetico con vicende processuali riguardanti la vita di singole persone, e la conseguente elaborazione di un sistema giuridico fondato proprio sui giudizi conseguitine nel corso del tempo e secondo una linea di continuità, illustra, ad avviso perspicuo dell'Autore, la ragione immanente dell'accettazione popolare (dell'amore secondo il Suo pensiero) del completo modo di formazione, preservazione e sviluppo del sistema stesso.

Se si riflette su questa impostazione non si può, da parte dei cultori del diritto inglese, non convenire sulla sua forza evocativa delle radici che esso ha saputo piantare nelle menti e nei cuori dei cittadini che si riconoscono nella concezione che assegna valore e forza di legge al prodotto giudiziale alla stregua delle numerose regole attorno ad esso fiorite (e minuziosamente passate in rassegna con felice tratto definitorio nelle pagine del volume). Ma l'Autore non si è lasciato abbagliare dall'illusione ottica dell'immodificabilità nel tempo ed a dispetto del mutamento delle circostanze storiche e sociali della regola precedenziale formata in sede giurisdizionale avendo opportunamente e con puntualità di riferimenti posto in rilievo che essa è destinata a cambiare, in assoluta aderenza con i principii propri della tecnica del *distinguishing*, laddove emergano tratti differenziali di tale preponderanza da giustificare l'abbandono del precedente orientamento. Proprio per questo l'attenzione ai criteri di classificazione in senso tassonomico dei precedenti occupa uno spazio molto largo nell'opera: essa, infatti, si incarica di affidare a canoni rigorosi e chiaramente percettibili la possibilità di rinnovamento ordinamentale, fugando il dubbio dell'arbitrarietà del suo avveramento.

All'interno di questa riflessione centrale sul ruolo del precedente Giovanni Criscuoli si imbatte, senza minimamente schivarlo, nell'ingombrante problema dell'esportabilità in altre esperienze giuridiche, quale quella italiana, della tradizione inglese legittimante l'espressione di *dissenting opinions*. Netta a questo proposito è la chiusura manifestata – a differenza del Suo allievo, che ha aderito all'opposta linea dottrinale ad irrefutabile conferma della apertura mentale della Scuola palermitana – sotto il profilo che «una cosa è il rispetto del

ione». Analoghe remore – giustificate dalla particolare fisionomia del diritto italiano, basato sulla legge scritta – non albergano con riguardo al diritto inglese sotto il profilo che nel mondo di *common law* «le dissenting opinions, espresse nella gestazione del giudizio, hanno il preciso significato funzionale, che ne consente e giustifica appunto la ammissione, di evidenziare linee di pensiero corrispondenti a valori che potrebbero un domani, magari prossimo, costituire la base del futuro diritto, tosto che si affermassero come posizioni di maggioranza». In questa acuta puntualizzazione è agevole intravedere un duplice profilo di interesse. Da un canto, infatti, risalta la ragione differenziale della posizione dell'Autore, che riflette la ricognizione della profonda faglia che separa i due ordinamenti, l'uno "in movimento", l'altro staticamente avvinto al primato delle fonti formali scritte. D'altro canto, viene spinta al massimo livello l'efficienza propulsiva delle *dissenting opinions* inglesi cui viene attribuito il credito della loro conversione progressiva in posizioni maggioritarie.

Ci si è mossi fino a questo punto lungo il solco della struttura generale dell'opera, ossia del suo telaio di presupposti, principii, posizioni ideali che ne confortano il suo stesso concepimento. Ma è indispensabile che venga alla ribalta il vero fine ultimo dell'Introduzione che va scorto nel suo sottotitolo Le fonti. Perché in questa introiezione dello studio del diritto inglese nell'articolato sistema dei fatti produttivi della consistenza e del contenuto dell'ordinamento Giovanni Criscuoli ha visto realizzato il suo disegno scientifico: mostrare il volto di un ordinamento alla luce dei modi della sua formazione, gli unici in grado al contempo di consentirne un'accurata descrizione e di spiegarne la progressiva costituzione in prospettiva storica, essendo le fonti inquadrate in un preciso contesto temporale. Scorrendo l'indice del volume si resta catturati dalla precisione della catalogazione, secondo un metodo del tutto fedele alla tradizione inglese, delle fonti stesse secondo un registro sostanziale – la relativa natura – ed alla stregua di una prospettiva funzionale, adottata in relazione alla varietà degli effetti da ciascuna di esse prodotti.

Questo è il compendio basilare dell'opera, le cui singole parti (6 capitoli suddivisi in sezioni) sono, per la loro ampia diffusione, perfettamente separabili in considerazione della puntualità descrittiva. Viene così presentato l'ordinamento inglese riguardandolo in aderenza alla più moderna delle concezioni comparatistiche, quella fondata sull'analisi dei singoli formanti, egregiamente rappresentati in relazione a ciascuna delle fonti, a propria volta espressione di un particolare e distinto fattore di produzione del diritto.

Da tale angolo visuale è immediatamente dissipabile il dubbio che il volume possa solo essere considerato come un'opera di diritto straniero. Metodologicamente, infatti, esso dà vita ad un arioso studio di un ordinamento straniero lungo solidissime sponde comparatistiche, da ogni commentatore mai revocate in dubbio.

Del resto non avrebbero trovato ospitalità i commenti ammirati e lusinghieri formulati nella prefazione da giuristi del calibro di Xavier Blanc-Jouvan, Leontin Jean Constantinesco, José Luis De Los Mozos, Paolo Grossi, Kurt Lipstein, Pietro Rescigno.

Si è portatori di un dovere di testimonianza diretta ricordando l'orgoglio che queste indimenticabili, lungamente motivate attestazioni di apprezzamento provocarono nell'animo del Maestro.

La storia dell'Introduzione si arricchì dell'edizione del 2000; essa è stata da me aggiornata, con l'aggiunta dei principali testi normativi nel frattempo sopravvenuti, nel 2014.

Ed infine nel 2016 e nel 2021 sono state pubblicate due edizioni della Nuova introduzione del diritto inglese – che ha mantenuto la medesima veste grafica – a firma di Giovanni Criscuoli e Mario Serio, frutto, da una parte, della conservazione di parti fondamentali dell'opera del solo Maestro e, dall'altra, della integrazione con scritti dell'altro coautore.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-D6C

costituzionalismo britannico e irlandese

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Dalla membership alla partnership: le complesse vicende di un constitutional moment Recensione a C. Martinelli, Brexit and the British Constitution, Routledge-Giappichelli Studies in Law, London-New York-Torino, 2025

Simone Gianello
Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli studi di Milano-Bicocca

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Dalla membership alla partnership: le complesse vicende di un constitutional moment Recensione a C. Martinelli, Brexit and the British Constitution, Routledge-Giappichelli Studies in Law, London-New York-Torino, 2025

di Simone Gianello*

Abstract (Ita): Brexit and the British Constitution di Claudio Martinelli affronta l'an e il quomodo della scelta intrapresa dal Regno Unito nel 2016 di separarsi dall'Unione europea, nel quadro di un constitutional moment ricco di importanza storica, con profonde implicazioni politiche e giuridiche, nonché conseguenze socioeconomiche e geostrategiche ancora da definire. Nella sua analisi l'Autore, partendo dalle radici, offre uno spaccato completo e al contempo scientificamente rigoroso delle implicazioni prodotte dalla Brexit sulla British Constitution, fornendo al lettore altresì gli strumenti con approcciarsi, leggere ed interpretare le future dinamiche relazionali fra UK e UE. Un libro assolutamente fondamentale per comprendere la Brexit e, più in generale, le peculiarità che da sempre caratterizzano l'isola britannica.

Abstract (Eng): Brexit and the British Constitution by Claudio Martinelli addresses the an and quomodo of the choice taken by the United Kingdom in 2016 to leave the European Union, in the context of a constitutional moment full of historical meaning, with far-reaching political and legal implications, as well as socioeconomic and geostrategic consequences yet to be settled. In his analysis, the Author, starting from the roots, delivers a comprehensive yet scientifically rigorous overview of the implications brought by Brexit on the British Constitution, also providing the reader with the tools to approach, read and understand the future relational dynamics between the UK and the EU. An absolutely essential book for the comprehension of Brexit and, more generally, the peculiarities that have always shaped the British Isle.

Parole chiave: Brexit; Referendum; Regno Unito

Keywords: Brexit; Referendum; United Kingdom

Sommario: 1. Un'articolata operazione editoriale; 2. I motivi di interesse delle interpretazioni proposte dall'Autore

1. Un'articolata operazione editoriale

Per alcuni studiosi del diritto costituzionale britannico, del processo di integrazione europea e, più in generale, della traiettoria del costituzionalismo, la vicenda Brexit non ha rappresentato solo uno dei tanti temi d'attualità su cui cimentarsi, verificare la solidità delle proprie conoscenze e capire il senso profondo degli avvenimenti, ma un vero e proprio spartiacque tra un "prima" e un "dopo" poiché quel crocevia di storia, cultura, politica e diritto metteva in gioco il sistema di relazioni tra due aree geografiche che nei secoli avevano costituito la culla delle libertà e dei diritti.

Questo è certamente il caso di Claudio Martinelli, Professore ordinario di Diritto pubblico comparato all'Università di Milano-Bicocca e docente di Diritto parlamentare nello stesso Ateneo. Lo testimonia la sua produzione scientifica in argomento, particolarmente copiosa e risalente perfino a prima del referendum del 2016.

All'indomani delle elezioni europee del 2014 l'Autore intuisce che il rapporto del Regno Unito con l'Unione Europea è destinato a diventare sempre più delicato e ad assumere

* Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università degli studi di Milano-Bicocca

una posizione centrale nel dibattito giuridico e politico. Il clamoroso successo dello *Ukip*, il partito capitanato da Nigel Farage che trova la sua ragion d'essere nella battaglia per portare *UK* fuori da *EU*, non poteva rimanere privo di conseguenze, né rispetto agli equilibri politici interni, né in relazione alle questioni europee[1]. Infatti, il Partito conservatore, che in quel momento con il Premier David Cameron guidava un governo di coalizione con i *Liberal Democrats* e che era uscito con le ossa rotte dal voto continentale, per recuperare l'elettorato che mostrava maggiore insofferenza verso le istituzioni europee si convince dell'opportunità di proporre nel proprio Manifesto per le *General Elections* del 2015 la rinegoziazione con la UE della *membership* britannica e l'approvazione parlamentare di una legge istitutiva di un referendum cui sottoporre i risultati della nuova appartenenza del Regno Unito all'Unione Europea[2].

Ebbene, come sappiamo le cose sono poi andate esattamente in tal modo e Martinelli ha cominciato a riflettere su questo doppio binario mentre a Bruxelles i *talks* erano ancora aperti e a Londra si discuteva sui caratteri della legge sul referendum. Poi, nonostante un accordo estremamente favorevole strappato da Cameron ai negoziatori UE e contro tutti i sondaggi della vigilia che prevedevano la prevalenza del *Remain*, la vittoria del *Leave* al Referendum Brexit del 23 giugno 2016 determinava l'apertura di uno scenario tanto inquietante sul piano istituzionale, su entrambe le sponde della Manica, quanto affascinante dal punto di vista dell'analisi costituzionale. Uno scenario che nei mesi e negli anni successivi ha presentato complicati interrogativi giuridici, dilemmi e incertezze interpretative, continui scossoni politici, numerosi avvenimenti istituzionali, importanti pronunciamenti delle corti di common law, cruciali sentenze della Corte Suprema, raffinate strategie parlamentari, intricate crisi di governo, azzardate elezioni anticipate, e tanto altro ancora[3].

Da quel momento Martinelli ha sempre monitorato ogni passaggio del processo che avrebbe portato alla Brexit con articoli scientifici, contributi in volume, curatele di libri collettanei, relazioni a convegni, interventi e interviste per la carta stampata ed emittenti radiofoniche.

Questa composita mole di lavoro è poi sfociata nella monografia intitolata «La Brexit e la Costituzione britannica», pubblicata da Giappichelli nel 2023[4] e successivamente nel volume oggetto di questa recensione. Non si tratta solo della traduzione in inglese, per il mercato internazionale, del libro scritto in italiano ma ne costituisce anche l'ideale prosecuzione e aggiornamento, in particolare fino al *Windsor Framework* sull'Irlanda del Nord[5].

---

[1] In tal senso, fra gli altri, J.B. Sutcliffe, *The Roots and Consequences of Euroskepticism: an Evaluation of the United Kingdom Independence Party*, in *Geopolitics, And International Relations*, n. 4, 2012, p. 107 e ss.

[2] Cfr. G. Baldini, *L'europragmatismo di Cameron*, in G. Baldini, J. Hopkin (a cura di), *La Gran Bretagna di Cameron*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 187 e ss. Diffusamente, invece, C. Martinelli, *L'isola e il continente: un matrimonio d'interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in Id (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2017, p. 9 e ss.

[3] Per un quadro ricostruttivo d'insieme si vedano C. Fasone, C. Martinelli (a cura di), *L'impatto della Brexit sul modello Westminster*, Torino, Giappichelli Editore, 2023 e C. Fasone, C. Martinelli (a cura di), *A multilevel constitutional perspective on Brexit: from local to global*, Torino, Giappichelli Editore, 2023.

[4] C. Martinelli, *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione Europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2023.

[5] A. Antoine, *The British Constitution, the Northern Ireland Protocol and the Windsor Framework*, in *Costituzionalismo Britannico e Irlandese*, n. 2, 2024, p. 30 e ss.

Il volume «*Brexit and the British Constitution*» prende le mosse da una introduzione con cui l'Autore ricostruisce i tratti salienti del suo rapporto con la vicenda Brexit e spiega i motivi per cui fin da subito l'ha trovata affascinante e densa di significati costituzionalistici: «*The Constitution and Brexit, then. A fascinating combination for a scholar of comparative constitutional systems who has been assiduously working on the institutional dynamics of the United Kingdom for several years now: the history, the transformations, the cornerstones, modernity and anachronisms, the relationship between political life and constitutional balances, the strength of tradition and the spirit of innovation. And much more besides, delving into the mine of interesting insights that such a peculiar but nevertheless central order in the history of constitutionalism is able to offer. In short, in two words: the British Constitution*»[6].
La struttura del volume è tributaria della scansione degli avvenimenti che hanno caratterizzato l'intera vicenda, proprio perché l'Autore si propone, dichiarandolo dal principio, di compiere un'analisi puntuale di ciascuno dei profili giuridici e politici che ne hanno determinato lo sviluppo. Tuttavia, il libro non poteva che aprirsi con una dissertazione di ordine storico e culturale sugli ancestrali e complicati rapporti intercorrenti tra l'Inghilterra, intesa qui volutamente in senso stretto, e le principali nazioni del Continente, per poi concentrarsi sulle tormentate relazioni intercorse dal Secondo dopoguerra tra il Regno Unito e il processo di integrazione europea.
Non sembri una scelta estemporanea o contraddittoria; al contrario, essa è funzionale proprio alla fondazione di una delle tesi di fondo del libro: la Brexit non è un avvenimento meramente contingente ma uno dei possibili risultati di una parabola di lungo periodo[7].
Dopo avere ricordato le modalità dell'ingresso britannico nelle allora Comunità europee, il 1° gennaio 1973, insieme a Irlanda e Danimarca, il primo referendum Brexit fortemente voluto nel 1975 dalla *left wing* del Partito laburista, e le reiterate richieste di *opt-out* avanzate (e spesso ottenute) nei decenni successivi dai diversi Primi ministri, il secondo capitolo ricostruisce i presupposti politici e giuridici che hanno portato all'indizione del Referendum, appunto dai prodromi della legislatura caratterizzata dal *Coalition Government*, all'approvazione della legge istitutiva del Referendum verso la fine del 2015, fino alla stipulazione dell'accordo Cameron-Tusk nel febbraio 2016.
Nel terzo capitolo l'Autore si concentra sull'aspetto cruciale di tutta questa composita vicenda, appunto il Referendum, decostruito in tutte le sue molteplici sfaccettature[8]. E allo-

[6] C. Martinelli, *Brexit and the British Constitution*, London-New York-Torino, Routledge-Giappichelli Studies in Law, 2025, p. 1.
[7] Una tesi su cui torneremo più compiutamente nel paragrafo successivo, soprattutto per mostrare i suoi legami con le altre opinioni espresse dall'Autore sull'intera vicenda, spesso eccentriche e in controtendenza rispetto alle letture più consuete.
[8] Sull'argomento, fra i molti, A. Torre, *Il referendum nel Regno Unito: radici sparse, pianta rigogliosa*, in A. Torre, J.O. Frosini (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2012, p. 11 e ss.; V. Bogdanor, *Brexit and our Unprotected Constitution*, London, The Constitution Society, 2018 e M. Gordon, *Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, n. 16, 2020, p. 213 e ss. A questi si aggiungano, C. Martinelli, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit. Lezioni dalla prassi per* IndyRef.2 *e* NI Border Poll, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2021, p. 761 e ss. Infine, sia concesso un rinvio a S. Gianello, *La valenza costituzionale del referendum in Gran Bretagna dopo (e alla luce del) verdetto della Corte Suprema su* IndyRef. 2, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2023, p. 765 e ss.

isione sulla permanenza nell'Unione Europea con le regole sancite nell'accordo, oppure sulla sua fuoriuscita; rammentati i momenti salienti di una campagna referendaria, giudicata come pessima per gli argomenti utilizzati dalle forze politiche e i toni virulenti adottati da alcuni leader; evocata la notte dello spoglio, con le sue incertezze e soprattutto il risultato sorprendente che causa le dimissioni del Primo ministro; proposte alcune ponderate e originali considerazioni sul valore giuridico e politico del voto referendario.

Segue il capitolo più lungo del volume, il quarto, dedicato all'analisi di tutti i numerosissimi avvenimenti che si sono verificati durante la premiership di Theresa May, che dopo le dimissioni di Cameron aveva preso le redini del Partito conservatore e quindi del governo del Paese. *In primis* le lunghe battaglie giudiziarie sulle modalità con cui dovesse essere attivato l'articolo 50 del TUE, che vedono il Governo soccombente dinanzi alla Corte Suprema con la celeberrima sentenza Miller 1[9] che costringe l'Esecutivo a farsi autorizzare il cd. *Invoking Article 50* da un'apposita legge del Parlamento, con il risultato di poter iniziare i colloqui con le istituzioni europee solo nella primavera del 2017 e non, come invece credeva May, nell'autunno del 2016. In secondo luogo, le estenuanti trattative per trovare un accordo sulle modalità di una fuoriuscita disciplinata, in grado di limitare i danni di un divorzio comunque svantaggioso per entrambe le parti da svariati punti di vista. Da ultimo, le brucianti sconfitte parlamentari sulla ratifica dell'*Agreement* raggiunto con la UE, che le costeranno le dimissioni da leader del partito e da Premier, nonché la fine della sua carriera politica[10].

Le succederà, nell'estate del 2019, Boris Johnson, grande protagonista, nel bene e nel male, del quinto capitolo del libro. Per la prima volta arrivava a Downing Street un Primo ministro favorevole al *Leave*, anzi il *tory brexiteer* per eccellenza, il parlamentare che aveva osato sfidare Cameron fin dal febbraio 2016 mettendosi alla testa della campagna *pro-Leave*, e che adesso si trova nella condizione di rinegoziare a sua volta un accordo con l'Unione Europea per poi farselo ratificare dalla Camera dei Comuni. Ebbene, i cinque mesi successivi saranno un concentrato denso e intenso di avvenimenti politici e costituzionali come raramente accaduto nella storia britannica. Una storia che meritava di essere raccontata dettagliatamente, con spiegazioni tecniche e considerazioni sistemiche. Una fase che, dopo mille contraddittorie peripezie, si conclude finalmente con l'approvazione parlamentare del "trattato di divorzio consensuale" (*Withdrawal Agreement 2019*) stipulato dal nuovo Primo ministro e con la celebrazione del *Brexit Day*, il 31 gennaio 2020.

Si concludeva così, tristemente per ogni sincero europeista che aveva sempre creduto nell'importanza di cooptare la Gran Bretagna nella costruzione dell'Europa unita, la storia della *membership* del Regno Unito. Per la prima volta, il processo di integrazione doveva registrare una defezione anziché un allargamento, come era sempre accaduto fino a quel momento.

[9] C. Martinelli, *I poteri costituzionali di fronte alla* Brexit*: la UKSC fissa i confini*, in *DPCE online*, n. 1, 2017, p. 99 e ss.

[10] Cfr. M. Elliott, J. Williams, A.L. Young (eds.), *The UK Constitution after* Miller. *Brexit and Beyond*, London, Hart Publishing, 2018.

Però non si conclude qui il libro perché Martinelli prosegue nel capitolo quinto a descrivere le tappe che hanno portato al secondo trattato sulla Brexit, il *UK-EU Trade and Cooperation Agreement*, che definisce come «l'accordo di buon vicinato», e nel capitolo sesto (e ultimo) a riflettere sulle conseguenze della Brexit per il futuro del Regno Unito: la reale portata del *back* di sovranità tanto agognato dai *Brexiteers*, il political *turmoil* del 2022 con la rapida successione di ben tre Primi ministri conservatori, i rischi in prospettiva per la stessa integrità territoriale del Regno Unito, con due *country* come Scozia e Ulster a prevalenza *Remain*, fino, come già ricordato, alla stipulazione del *Windsor Framework* per tentare di rendere più praticabili e meno complicate le regole che disciplinano lo status commerciale dell'Irlanda del Nord.

Capitolo e libro che poi si concludono con una riflessione complessiva sull'intera vicenda, giudicata dall'Autore come un *constitutional moment*, particolarmente impegnativo per tutte le istituzioni coinvolte, incisivo per i canoni di una Costituzione *unwritten* e foriero di mille incertezze per il futuro dell'intera nazione[11]: «*So, at the end of our reconstructive and interpretative analysis of this intricate and fascinating political and legal issue, I think it is possible to say with full knowledge of the facts that Brexit was a constitutional moment. This expression must be understood in a double meaning: an event that fits into the wider theme of the relationship with the European institutions, a complex system of relations that immediately decreed a change to the British Constitution; as well as an intense succession of problems, situations and conflicts that have led to regulatory changes, clarifications of interpretation and jurisprudential interventions, thus helping to reshape the Constitution as it should be understood in the current historical present*»[12].

2. I motivi di interesse delle interpretazioni proposte dall'Autore

Come detto, il libro è denso di ricostruzioni, informazioni e analisi fattuali ma è tutt'altro che un libro asettico, cronachistico e descrittivo. Al contrario, il suo valore aggiunto è proprio quello di partire dall'analisi degli avvenimenti per proporre una lunga serie di opinioni, visioni e letture sui molti profili dell'intera parabola presa in considerazione, sempre originali e spesso in palese controtendenza rispetto alle interpretazioni dominanti in dottrina.

Tra le tante tesi espresse nel libro che corrispondono a queste caratteristiche, ne enucleiamo alcune che appaiono particolarmente significative per delineare la cifra del volume e per marcare l'originalità di questo lavoro.

Innanzitutto, l'Autore si mostra fin da subito convinto del valore indispensabile dell'approccio multidisciplinare. Ovvero, fermo restando il taglio costituzionalistico e comparativo, una vicenda così complessa e articolata per essere capita fino in fondo, e non solo nelle sue manifestazioni di superficie, necessita di un solido background culturale che sappia spaziare dalla storia alla politica, dall'economia al diritto, che si intrecciano con i caratteri fondamentali dell'identità e delle trasformazioni della società britannica.

[11] In proposito non si può fare a meno di citare l'opera seminale di A. Torre, L. Volpe (a cura e con prefazione di), *La Costituzione Britannica. Atti del Convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Bari, Università degli Studi, 29-30 maggio 2003*, Torino, Giappichelli Editore, 2005.
[12] C. Martinelli, *Brexit and*, cit., p. 260.

Certo, i motivi scatenanti che portano alla vittoria del *Leave* sono anche di ordine contingente, propagandistico e populistico, e tuttavia sarebbe miope liquidare il fenomeno solo con l'evocazione di questi fattori. L'intera vicenda risponde, invece, a dinamiche più profonde che affondano le radici nella metaforica dicotomia storica e culturale rappresentata dalla Manica, ovvero la lunga traiettoria di un'isola che ha trovato la sua dimensione politico-istituzionale anche in ragione dei conflitti con le nazioni dell'Europa continentale e che non ha mai rinunciato alle sue specificità anche quando era parte della costruzione comunitaria[13].

Martinelli esprime la convinzione che questi profili non possano essere trascurati, pena l'applicazione di uno sguardo angusto e vittima di illusioni ottiche, ed ecco il motivo per cui vi dedica il capitolo iniziale che, infatti, si apre con la seguente considerazione: «"*Fog in the Channel, Continent cut off*". *This famous aphorism sounded like a distant manifestation of English arrogance, a legacy of a somewhat haughty mentality that is now outdated. Well, it was an illusion. The "Leave" victory in the referendum on whether the United Kingdom should remain in or leave the European Union has made clear the persistence of a desire for distinction from the Continent that in the majority of British people still endures and which they do not intend to renounce even facing thorny political options. While for other British people this issue is very different, for England the island dimension is still a source of national pride as a constituent element of popular identity and, therefore, a source of collective inspiration*»[14].

Ma poiché queste impegnative affermazioni potrebbero essere giudicate come frutto di esagerazioni di uno studioso continentale talmente zelante da prendere troppo sul serio alcuni *cleavage*, ecco che l'Autore chiama a testimone un autorevolissimo giurista d'oltremanica, Lord Neuberger, già Presidente della Corte Suprema, che, se possibile, si esprime in termini ancora più netti e crudi: «*At least at some levels many English people see themselves as different from foreigners, and, by 'foreigners' they primarily mean Europeans. The English do have a somewhat singular attitude to foreigners, and perhaps to mainland Europeans in particular. This is reflected in the current debates about the UK's involvement in the European Union ("the EU") and the Council of Europe ("the Council"). […] Understanding the historical and cultural context is essential to a proper understanding of such debates – to explain what the issues are, and how and why they arise. Without that, there is little prospect of appreciating the real nature of the underlying issues. The historical context also serves usefully to remind us that things often look very different after the event, even to those in the thick of the argument. […] There are, I think, a number of reasons why, when compared with people in other European*

[13] Come lo stesso Autore ha avuto modo di spiegare già in passato, «Da ormai quarant'anni il Regno Unito è parte delle istituzioni comunitarie. E tuttavia non vi è dubbio che un'analisi fredda e ragionata delle politiche britanniche di questi decenni mostri come questa nazione si senta sempre con un piede dentro e uno fuori dall'Europa, un atteggiamento peraltro facilmente comprensibile alla luce delle vicende storiche e giuridiche narrate sin qui. Il piede dentro è quello economico, del mercato unico, della circolazione dei capitali, a cominciare da quelli finanziari. Ed è un pilastro estremamente importante, un tema in cui il Regno Unito si è distinto come portatore di una sana cultura della concorrenza, dell'impresa e del libero scambio. E tuttavia altrettanto importante è stato il piede fuori, cioè una marcata ritrosia a considerare l'edificio europeo come una casa comune, con diritti e doveri per tutti i condomini, cui trasferire sempre maggiori quote di sovranità, inevitabilmente a discapito di quella nazionale, e non soltanto una vasta area dentro cui intraprendere solo rapporti commerciali». C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 298.

[14] C. Martinelli, *Brexit and*, cit., p. 7.

countries, the British are peculiarly averse to, and particularly suspicious of, being told what they can and can't do by pan-European bodies»[15].

Inoltre, non si può non rilevare come tutto il testo sia costantemente infarcito di riferimenti politici e culturali, come dimostra il fatto che i Primi ministri che si sono succeduti in quegli anni, unitamente ai loro partiti di riferimento, sono i veri protagonisti dei capitoli seguenti, con i loro caratteri personali, progetti politici, errori talvolta madornali, vittorie e sconfitte che hanno segnato la scansione degli avvenimenti. Ecco il motivo per cui Martinelli si preoccupa costantemente di spiegare al lettore lo stretto rapporto intercorrente tra dinamiche politiche e valenza giuridica delle decisioni, soprattutto quando impattano sulla materia costituzionale.

L'esempio più evidente e importante nell'economia del volume lo riscontriamo nella parte in cui l'Autore propone le sue riflessioni e considerazioni sul valore giuridico del Referendum Brexit. Si tratta di una *issue* particolarmente delicata in cui spicca nel modo più plastico la sua volontà di andare oltre le ricostruzioni consuete, accettate in modo talmente generalizzato da dare l'impressione di essere diventate un luogo comune per la dottrina e per il mondo politico. Tuttavia, ripetere all'infinito un concetto non significa avere dimostrato che sia vero poiché anche un errore può essere continuamente riproposto. Più interessante sembra, invece, sottoporre qualunque tesi alla prova della corrispondenza con il contesto di riferimento, in questo caso il ruolo assunto negli anni dal referendum nell'ordinamento costituzionale britannico, avuto riguardo alle modalità con cui viene indetto e al rapporto che si instaura tra il circuito della democrazia rappresentativa e la manifestazione della volontà popolare attraverso la democrazia diretta.

E allora, ripercorriamo il ragionamento di Martinelli, non certo per condividerne a priori lo sviluppo e nemmeno per aderirvi necessariamente a posteriori, ma solo per apprezzarne l'*esprit* razionalistico e l'aspirazione a dare una lettura della questione che tenga conto di tutti i caratteri della forma di governo, il parlamentarismo *Westminster model*, e della *British Constitution*, *unwritten* e *uncodified*.

Il primo problema che viene trattato è quello della compatibilità teorica. Può albergare, nella culla della "*sovereignty of Parliament*", la possibilità di celebrare un referendum popolare, ossia consentire che una decisione rilevante sul piano giuridico e politico non venga presa dal Parlamento bensì dal Corpo elettorale[16]? Fin qui, tutto sommato, la risposta è abbastanza facile: sì, certamente, perché lo certifica lo stesso "padre" della sovranità parlamentare, Albert Venn Dicey: «*In 1890 the great Victorian scholar published an article in which he affirmed the theoretical and practical compatibility of recourse to popular pronouncement with the foundat-*

[15] C. Martinelli, *Brexit and*, cit., p. 8. La citazione in questione è tratta da Lord Neuberger, *The British and Europe*, Cambridge Freshfields Annual Law Lecture, 2014.

[16] Sul punto si rimanda alle riflessioni di M. Qvortrup, *Democracy by Delegation: The Decision to Hold Referendums in the United Kingdom*, in *Representation*, vol. 42, n. 1, 2006, p. 59; L. De Grazia, *Oltre la democrazia rappresentativa? Sovranità popolare e referendum nell'esperienza britannica, spagnola e francese*, in *Nuove Autonomie*, n. 3, 2019, p. 455 e ss. e S.G. White, *The referendum in the UK's Constitution: From Parliamentary to Popular Sovereignty*, in *Parliamentary Affairs*, n. 00, 2020, p. 8 e ss. Si aggiunga, S. Parolari, J. Woelk, *The Referendum in the United Kingdom: Instrument for Greater Constitutional Legitimacy, Tool of Political Convenience, or First Step to Revitalize Democracy*, in C. Fraenkel-Haeberle, S. Kropp, F. Palermo, K. Sommermann (eds.), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, Leiden, Brill|Nijhoff, 2015, p. 265 e ss.

ions of the British constitution and its form of government based on the supremacy of Parliament. Well, since Dicey himself had been the most lucid and precise cantor of the historical and juridical role of the Westminster Parliament in British constitutional law, his positions could certainly not be branded as anti-parliamentarian wishful thinking, perhaps today we would say anti-establishment populism. In fact, they were perfectly consistent with the reflections on the crucial role played by public opinion in British political dynamics that the great constitutionalist would entrust a few years later to a memorable volume. […] Dicey's opinion was based on two intuitions that time would later confirm and corroborate: the compatibility between representative and direct democracy is linked to the fact that the practical feasibility of the institutions of the latter remains within the discretionary determinations of Westminster; the popular referendum should only be used where the political system, in the face of particularly delicate institutional crossroads, is unable to take decisions that are widely shared»[17].

Fissato questo punto fermo, l'Autore passa a spiegare i motivi, essenzialmente di natura politica, per cui nei successivi decenni non accade assolutamente nulla da questo punto di vista, mentre a partire dagli anni Settanta del ventesimo secolo il referendum diventa uno dei protagonisti principali della vita pubblica britannica, diventando una sorta di passaggio obbligato in presenza di decisioni sull'indirizzo costituzionale della nazione. Ecco, quindi, che, come indicato da Dicey, il circuito della democrazia rappresentativa (Governo-maggioranza ai Comuni-legge del Parlamento) istituisce tornate referendarie su: status dell'Irlanda del Nord, permanenza nel Mercato comune, avvio del processo devolutivo in Scozia e in Galles (due volte, 1979 e 1997, e con risultati opposti), accordi di pace in Ulster, regionalismo inglese, poteri dell'Assemblea gallese, sistema elettorale della Camera dei Comuni, indipendenza scozzese, Brexit.

Insomma, per quantità e, soprattutto, per qualità delle decisioni, il referendum è ormai diventato parte integrante della Costituzione britannica, per ora sempre nel quadro concettuale secondo cui la legge del Parlamento stabilisce opportunità, oggetto e modalità della procedura da applicare, di volta in volta, alla deliberazione popolare: «*In short, we continental jurists must first accept the fact that the world's oldest representative democracy has long since introjected this practice as a tool to be used not to repeal an existing law or propose a new one, but to choose which path to take when faced with a crossroads of constitutional status*»[18].

In questo quadro concettuale e giuridico il Referendum Brexit del 2016 presenta un aspetto peculiare: per la prima volta il voto popolare modifica lo status quo[19]. Una novità clamorosa non solo sul piano delle conseguenze di ordine politico, fin troppo evidenti, ma anche dal punto di vista della scienza costituzionalistica e delle discussioni su che cosa sia un referendum e quale sia il suo valore giuridico: «*Thus, this novelty could only bring with it an inevitable consequence: re-proposing a fundamental occasion for the doctrinaire debate on the relationship between parliamentary sovereignty and popular will. The theme found a logical epicentre in the question of what was the legal nature of the Brexit Referendum: only advisory or also mandatory? And again, in the*

[17] C. Martinelli, *Brexit and*, cit., pp. 91-92. A.V. Dicey, *Ought the Referendum to be Introduced into England?*, in *Contemporary Review*, vol. 57, 1890, p. 489 e ss. In aggiunta, M. Qvortrup, *A.V. Dicey: The Referendum as the People's Veto*, in *History of Political Thought*, vol. 20, n. 3, 1999, p. 531 e ss.
[18] C. Martinelli, *Brexit and*, cit., p. 96.
[19] V. Bogdanor, *Europe and the Sovereignty of the People*, in *The Political Quarterly*, vol. 87, n. 3, 2016, p. 350.

second case, mandatory in what sense? Proposed in other terms, the dilemma could be formulated as follows: purely theoretically, could Parliament, faced with a Leave victory that was unwelcome to the majority of Peers and MPs, have blocked the path to Brexit, perhaps by passing a law along these lines?»[20].

Per rispondere a questi delicati interrogativi Martinelli procede ad una disamina puntuale di alcuni elementi determinanti: il carattere asimmetrico del quesito, i contenuti della legge istitutiva, le considerazioni contenute nella giurisprudenza delle corti, in particolare della Corte Suprema, le conseguenze della vittoria del *Leave* sulla capacità del Regno Unito di decidere in autonomia i passaggi successivi, e altri ancora[21].

Questi profili non vengono esaminati in modo puntiforme e a ciascuno a sé stante, bensì con una metodologia di indagine che assume il concetto per cui ognuno influisce sugli altri e contribuisce a determinare il quadro logico entro cui provare a dare qualche risposta agli interrogativi di fondo. Lo spirito è appunto quello di rifiutare la facile scappatoia della definizione di questo referendum come meramente consultivo, per verificare, evidenze alla mano, se la corretta interpretazione non sia invece più complessa e articolata[22].

Ebbene, le conclusioni dell'Autore vanno proprio in questo senso e delineano un quadro dei rapporti tra volontà del Parlamento e voto popolare meno banale e scontato. Innanzitutto, egli rifiuta la lettura che vede nella dicotomia tra mera *moral suasion* e valenza *legally binding* il fulcro della questione, spiegando che non corrisponde ai caratteri peculiari di questa Costituzione, trattandosi di un tipico stilema positivistico appartenente agli ordinamenti continentali. In realtà la forza del referendum nella *British Constitution* si misura essenzialmente su altri parametri, più pragmatici e concreti: «*As a matter of fact, it seems to me that this force depends essentially on the raison d'être of the referendum in the British Constitution: to exercise a delegation of Parliament to the electoral body to make a decision of institutional rank. Therefore, a fully constitutional value of a decision-making nature. It should be reiterated that in the case we are interested in the constituent law was not able to determine the final outcome, i.e. the timing and manner of the Brexit, but this does not at all mean that the referendum was not the bearer of an intrinsic legal power that manifested itself in constitutional dynamics and balances: a field that is as concrete as ever and that goes beyond "positivist" arguments on competences or procedures. On a constitutional level, in fact, it deployed its force to the point of invoking Art. 50 TEU, which the representative institutions had the task of implementing with the forms of law. This was the real scope of the referendum: to proceed with the activation of the procedure provided for in Art. 50 TEU in the manner provided for by British constitutional law (and as clarified by the Supreme Court). A decision of the electoral body, delegated to it by the circuit of representative democracy, which in fact was never seriously questioned in Parliament, despite the fact that the majority of MPs had sided with Remain. […] In this framework, the activation of Art. 50 TEU assumes a watershed significance. On the one hand, for the reasons just investigated, it is demanded by the legal significance of the Brexit referendum, the daughter of the systematic placement of this instrument within the framework of the modern British Constitution; on the other hand, however, it also represents the limit, temporal and conceptual, of the force of the referendum pronouncement in favour of Leave. In other words, the electoral body expressed the will to leave the European Union but obviously had nothing to say about the*

[20] C. Martinelli, *Brexit and*, cit., p. 98.
[21] C. Martinelli, *Bilanci costituzionali*, cit., p. 761 e ss.
[22] Cfr. S. Gianello, *Il referendum nel Regno Unito prima e dopo la Brexit*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2022, p. 47 e ss.

terms and conditions of this exit. Therefore, once the necessary step, in all senses, of "Invoking Article 50" has been taken, the protagonist of the story ceases to be the referendum result and automatically becomes the negotiation, i.e. a field extraneous to the manifestation of the popular will and in the sphere of which everything can theoretically be put back into play»[23].

La ricostruzione interpretativa proposta da Martinelli non ha certo la pretesa di essere condivisa acriticamente, parzialmente o totalmente, e tuttavia si segnala per un notevole rigore argomentativo, in cui la scansione dei punti esaminati si presenta come strettamente consequenziale, e per la lodevole propensione a ricercare letture nuove e flessibili in funzione delle problematiche originali suscitate dalle novità collegate a questa deliberazione referendaria, talmente cruciali da costringere gli studiosi a rivedere alcuni dogmi dottrinali che in precedenza sembravano sedimentati.

3. I successivi sviluppi .

I due accordi del 2020, con le relative ratifiche parlamentari a Londra e a Strasburgo, segnano la fine della vicenda Brexit ma, come sostenuto nel libro, contemporaneamente aprono una serie di questioni legate alle sue conseguenze. L'Autore è perentorio nel tracciare una linea di demarcazione tra lo sviluppo della vicenda, con un inizio e una fine, e l'apertura di una fase nuova e diversa che deve fare i conti con i problemi causati dalla scelta referendaria e con alcune *issues* che i trattati avevano cercato di affrontare ma che non erano riusciti a definire.

Uno degli esempi più significativi in tal senso era quello che fin da subito sembrava il tema più spinoso di tutta la vicenda: la *Northern Ireland Question*. Il problema si presentò sin da subito in tutta la sua crudezza oggettiva: da una parte, la necessità avvertita da tutte le forze in campo di evitare a tutti i costi di rinfocolare gli antichi odi attraverso la ricostruzione di un confine tra le due terre d'Irlanda; dall'altra, dar seguito alla fuoriuscita dal Mercato comune e dall'Unione doganale di tutto il territorio del Regno Unito, dunque Ulster compreso. Insomma, una sorta di quadratura del cerchio, comprensibile in astratto ma molto difficile da risolvere in concreto. Infatti, tutti i Primi ministri che si sono succeduti hanno dovuto scontrarsi con il problema. A qualcuno, come Theresa May, è costato la carriera, non essendo riuscita a farsi ratificare la bozza di trattato soprattutto perché il Parlamento non era convinto del suo *backstop* sul tema concordato con Bruxelles; a sua volta Boris Johnson, dopo averne rinegoziato i termini con la UE, si è visto costretto a sciogliere la Camera dei Comuni e a vincere le elezioni con ampio margine per vederselo ratificare dalla nuova Assemblea.

E tuttavia, nonostante i ragguardevoli sforzi di Londra, Bruxelles e Dublino, lo *status* giuridico dell'Ulster è sempre rimasto un nervo scoperto. Le pur ingegnose soluzioni escogitate per quadrare quel cerchio non si erano rivelate risolutive, sia perché non disciplinavano tutte le questioni sul tappeto, sia perché all'atto pratico si erano dimostrate non ottimali per la speditezza e l'efficacia dei commerci. Pertanto, un canale di dialogo era sempre rimasto aperto alla ricerca di soluzioni più vantaggiose per tutti i soggetti coinvolti.

[23] C. Martinelli, *Brexit and*, cit., pp. 106-109.

Il libro descrive bene il contesto in cui matura il nuovo accordo del 2023, stipulato per *UK* dal nuovo Primo ministro Rishi Sunak che, tra i mille delicati dossier che lo attendevano a Downing Street, alcuni aperti o resi ancora più complessi proprio a seguito della Brexit, sapeva perfettamente esservi anche quello sull'Irlanda del Nord.

Il *Windsor Framework*, chiamato così perché firmato nella città della *Royal Family*, in realtà è un complesso unitario di documenti che toccano diversi punti cruciali e che, presi nel loro insieme, disegnano il nuovo status giuridico dell'Ulster. Il libro si concentra sulla spiegazione dei due punti cruciali dell'accordo: «*The parties agree on the need to facilitate the movement of certain categories of goods, to cut red tape for traders, and to facilitate import/export practices. Thus, the agreement focuses on customs procedures, agri-food products, medicines, and the application of VAT and excise duties. To achieve the objectives agreed in the negotiations, the main innovation is the establishment of two different customs regimes depending on the destination of each good. Goods produced in Great Britain and destined for consumption in Northern Ireland will enter a preferential corridor (Green Lane). These consumer and utilitarian goods will not be subject to any additional controls over and above those that normally take place even within a homogenous territory to counter abuse or other risks. Instead, goods destined for the Republic of Ireland, i.e. the EU Single Market, will enter another legal regime (Red Lane), remaining subject to EU customs procedures and health controls. Besides all these economic aspects, the other major innovation of the Windsor Framework concerns the institutional level. The parties have agreed on a procedural mechanism, called the Stormont Brake, which will allow the members of the Legislative Assembly to block the implementation on its territory of changes and repeals of legal acts decided by the European institutions and concerning the subject matter of the Framework, whose effects have a significant impact on everyday life in Northern Ireland*»[24].

Insomma, l'ennesimo tentativo di elaborare alcuni *escamotage*, attraverso finzioni giuridiche come lo spostamento del confine in mare, per salvare la pacifica convivenza nel teatro dei tremendi *Troubles* e per facilitare i rapporti commerciali tra questa fetta del Regno Unito e l'Unione Europea, a cominciare dalla Repubblica d'Irlanda. Solo lo scorrere del tempo e la verifica sul campo sapranno dirci se i difficili obiettivi sono stati conseguiti, oppure se sarà necessario procedere ad ulteriori rivisitazioni degli assetti posti in essere. E tuttavia, non si può non riscontrare una comune (buona) volontà di tutte le parti, consapevoli che la geografia, quella che ha collocato le isole britanniche così vicino al Continente europeo, richiede di essere assecondata promuovendo rapporti stretti di buon vicinato.

Ecco, tutto sommato questa appare la cifra finale della Brexit, così come descritta nel volume di Claudio Martinelli: il passaggio da una *membership* tormentata, mai interamente accettata da un popolo geloso delle proprie particolarità di varia natura, ad una *partnership* che per forza di cose (geopolitiche, geostrategiche, economiche, culturali, e così via) non potrà che essere comunque stretta e produttiva di risultati. Come, del resto, dimostra anche il *Summit* tenuto il 19 maggio 2025 a Londra tra il Premier Keir Starmer e i vertici delle istituzioni dell'Unione Europea, con l'approvazione di vari accordi in materia commer-

[24] C. Martinelli, *Brexit and*, cit., p. 246.

e in materia di difesa e sicurezza[25]. Con buona pace di coloro che, sulle due sponde della Manica, ritengono che britannici ed euro-continentali farebbero meglio a separare per sempre i loro destini.

Il libro di Martinelli, essendo un utile strumento per capire questa vicenda nei suoi molteplici contorni e con un approccio realisticamente disincantato, può aiutare anche a immaginare il futuro delle nuove relazioni *UK-EU*.

[25] Un complesso di intese che è stato chiamato significativamente *UK-EU Reset*. Sul tema si rimanda a S. Fella, L. Gibson, I. Jozepa, C. Mills, N. Walker, *UK-EU Summit*, in *House of Commons Library*, *Debate Pack*, 20 May 2025.

numero 1/2025

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2025-1-03-19C

costituzionalismo britannico e irlandese

Addendum

Should there be a legal duty to rewild to remedy ecocides of the past? The case fo the lost bears, wolves and lynxes of the United Kingdom

Yann Prisner-Levyne
Lecturer in Environmental Law and Public International Law, Edinburgh Napier University; PhD Candidate in anthrozoology, University of Exeter

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2025

Should there be a legal duty to rewild to remedy ecocides of the past? The case fo the lost bears, wolves and lynxes of the United Kingdom**

di Yann Prisner-Levyne*

Abstract (Ita): Alla luce dell'attuale crisi ambientale, da diversi anni si valuta la possibilità di modificare l'articolo 5 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, in modo da includere il crimine di ecocidio. Con questo obiettivo, nel 2021, un gruppo di esperti indipendenti ha formulato una definizione giuridica di ecocidio. L'iniziativa è stata accolta positivamente dagli studiosi del diritto, anche se questa definizione è stata oggetto di alcune critiche. Si sosterrà, rispettosamente, che qualsiasi riconoscimento legale dell'ecocidio, a prescindere dalla formulazione della definizione e sebbene si tratti di un progresso significativo, sarebbe comunque al di sotto delle aspettative. Il perseguimento dell'ecocidio può essere prospettato solo in base al principio di legalità e non può interessare gli ecocidi commessi in passato, i cui effetti sono avvertiti ancora oggi. Sebbene le prospettive del diritto si concentrino sulla prevenzione dell'ecocidio, la questione relativa agli ecocidi del passato, sotto forma di estinzione di specie, nonché i suoi possibili rimedi, rimane scarsamente affrontata. Polly Higgins, nella sua fondamentale opera sull'ecocidio, indica il ripristino come possibile rimedio. Dovrebbe esistere un obbligo legale per gli Stati di ripristinare la natura attraverso il rewilding, quando le specie native si sono estinte a causa dell'ecocidio? L'articolo utilizzerà il Regno Unito (UK) come caso di studio. Orsi, lupi e linci si sono estinti a causa della persecuzione umana nel Regno Unito: su questa base, sarebbe realistico prevedere l'introduzione nel Regno Unito, in aggiunta ad altri impegni internazionali, un ulteriore obbligo giuridico che, avendo alla base il concetto di ecocidio, possa reinserire le specie autoctone estinte? In ultima analisi, si solleva la seguente questione: l'ecocidio, nella sua forma di estinzione di specie, deve essere affrontato mediante uno strumento giuridico specifico che sia basata sulla semplice considerazione che gli animali sono esseri senzienti?

Abstract (Eng): In light of the ongoing environmental crisis, amending Article 5 of the Rome Statute of the International Criminal Court to include the crime of ecocide has been under consideration for a number of years. With this objective in mind, an Independent Expert Panel provided a legal definition of ecocide in 2021. The initiative was well received among legal scholars although some amount of criticism was levelled at the definition. It will be respectfully submitted that any legal recognition of ecocide regardless of the wording of the definition – albeit a significant progress – would still fall short of expectations. Prosecution of ecocide can only be prospective pursuant to the principle of legality and cannot cover past ecocides the effects of which can still be felt today. While legal efforts focus on the prevention of ecocide, issues of past ecocides in the form of extinction of species and possible remedies remain scarcely addressed. Polly Higgins in her seminal works on ecocide mentioned restoration as a possible remedy to ecocide. Should there be a legal obligation on states to restore nature through rewilding when native species have gone extinct through ecocide? The article will use the United Kingdom (UK) as a case study. Bears, wolves and lynx went extinct as a result of human persecution in the UK. Should there be an additional legal duty on the UK, on the ground of ecocide, to reintroduce extinct native species aside from other international legal commitments? Ultimately, this raises the question of whether ecocide in the form of extinction of species should not be covered under a dedicated legal instrument especially given the fact that animals are sentient beings.

Parole chiave: Ecocidio; Crisi ambientale; Estinzione di specie; Prevenzione; Reintroduzione TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; 2. A faculty rather than an obligation to restore wilderness or rewild under the current legal framework; 2.1. Convention on Biological Diversity: a legal ground for restoration; * This contribution has undergone a double blind review process

Keywords: Ecocide; Environmental crisis; Extinction of species; Prevention; Reintroduction

---

** This contribution has undergone a double blind review process.

* Lecturer in Environmental Law and Public International Law, Edinburgh Napier University; PhD Candidate in anthrozoology, University of Exeter

Sommario: 3. The Limited use of criminal law to deal with past ecocides in the form of eradication of species due to anthropogenic causes; 4. The quest for another legal ground for restoration of extinct species

1. Introduction

In the wake of the Independent Expert Panel (IEP) proposed amendments to the Rome Statute to introduce a new crime of ecocide in 2021, an Ecocide Bill was introduced before the United Kingdom (UK) Parliament on November 30, 2023. A proposal for a Bill to introduce the crime of ecocide into Scots law was also made by Monica Lennon on November 8, 2023. In all cases, some of the major objectives are deterrence and to hold perpetrators of severe environmental harms criminally accountable[1]. Both initiatives could not be timelier in light of the current environmental crisis. But an argument could be made that in the case of the UK, the topic has added relevance as the country has been suffering the consequences of ecocide through the eradication of its apex predators due to anthropogenic causes and factors. Bears and lynxes went extinct as a result of human persecution and habitat loss as early as the late Roman era; while the wolves managed to hold on until the Middle-Ages in England and the 18th century in Scotland[2]. Other charismatic species such as the elk (American moose), the aurochs, the wild boar went also extinct in the United Kingdom. All these species were keystone species the disappearance of which led to downgraded ecosystems and ecosystem services[3] in the UK. Past ecocides in the form of eradication of species represent a specific challenge. Although the actions which eventually caused a species to go extinct occurred in the past, the resulting harmful consequences are still being felt today. The removal of keystone species from a given ecosystem may significantly cripple delivery of ecosystem services on which both humans and non-humans rely on[4]. There is scientific evidence that it is especially the case with apex predators[5], the removal of which will disrupt trophic cascades[6]. Recent studies have even demonstrated that reintroducing wolves contributes to the fight against climate change as a combination of fear factor and active predation on deer

[1] Stop Ecocide International, UK 'ecocide bill' introduced in House of Lords. See also *Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide*, Commentary and Core Text, June 2021.
[2] The History of Wolves in the UK.
[3] S.B. Carroll, *The Serengeti Rules, the Quest to Discover how life works and why it matters*, Princeton, Princeton University Press, 2016, see also Role of Keystone Species in an Ecosystem.
[4] W.J. Ripple et al. *Status and Ecological Effects of the World's Largest Carnivores*, in *Science*, vol. 343, 6167, January 2014; R. Woodroffe, S. Thirgood, A. Rabinowitz, *The impact of human-wildlife conflict on natural* systems in R. Woodroffe, S. Thirgood, A. Rabinowitz (eds.), *People and Wildlife, Conflict or Coexistence?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 10.
[5] W.J. Ripple et al., *Trophic cascades from wolves to grizzly bears in Yellowstone*, in *Journal of Animal Ecology*, vol. 83, 1, 2014, pp. 223-233; C. Eisenberg, *The Wolf's Tooth: Keystone Predators, Trophic Cascades, and Biodiversity*, Washington, Island Press, 2010.
[6] Coined by Bob Paine in the 1960s, trophic cascades can be defined as «indirect species interactions that originate with predators and spread downward through food webs». See W.J. Ripple et al., *What is a Trophic Cascade?*, in *Trends in Ecology & Evolution*, 2016.
[7] D. V. Spracklen, P.J. Chapman, T. Fletcher, J.V.Lane, E.B. Nilsen, M. Perks, L. Schofield, C.E. Scott, *Wolf reintroduction to Scotland could support substantial native woodland expansion and associated sequestration, Ecological Solutions and Evidence*, vol. 6, 1, 2025.

uction of wolves remains highly debated and controversial in Scotland and the rest of the UK if not taboo. The words, «wolf», «lynx», or «bear» do not appear even once in the Scottish Biodiversity Strategy to 2045.

And yet, several studies have established that wolves alone do not only keep herbivore numbers down which is a serious problem in the UK but also have a positive effect on climate change and had an effect on rivers by slowing riverbank erosions and the regeneration of vegetation on riverbanks[8]. The Scottish Biodiversity Strategy to 2045 (SBS) has acknowledged that Scotland alone has retained just over half of its historic land-based biodiversity and still ranks in the bottom 25% of nations and that there is a need to address the biodiversity crisis[9]. In another report, it was acknowledged that the ability of Scotland's environment to provide benefits to people such as removing pollution from our air and water has declined with quantified evidence of deterioration going back to 1950[10]. The same report establishes that Scotland Biodiversity Intactness Index is 45% among the lowest of the 67 countries[11].

Against this backdrop, it appears that the conversation over the criminalization of ecocide could not be timelier both at the international and domestic level. Yet, the argument will be made that criminal law is an imperfect tool to deal with ecocide especially in the form of eradication of species. The prospective nature of international and criminal law in light of the principle of legality means that effects of past ecocides which are still felt today like in the United Kingdom will remain unaddressed. Identifying perpetrators will also prove problematic especially for eradication of species which took place over several centuries. Lack of adequate remedies for present and past ecocides and a narrow interpretation of victimhood make criminal law an inappropriate legal tool to tackle ecocide. Last but not least, the concept of ecocide lacks specificity. Within the framework of ecocide, the destruction of natural resources such as forests or marring of elements of ecosystem is put at the same level as the destruction of animals who are sentient beings. If efforts to end impunity through criminal law should nonetheless be sustained, an argument will be made that other legal grounds such environmental restorative justice should be another path to explore. It will be argued that environmental restorative justice may offer a better legal ground for rewilding and ecosystem restoration in the UK through species reintroduction. Environmental restorative justice may therefore complement UK's legal obligations under the Bern Convention as another legal ground to rewild to mend the effect of ecocides of the past. Perhaps more importantly, environmental restorative justice may offer a more constructive approach to ecocides of the past than the punishing regime of criminal law which may be associated with punitive ecology.

[8] How Wolves Change Rivers.
[9] Scottish Government Riaghaltas na h-Alba, Scottish Biodiversity Strategy to 2045, Tackling the Nature Emergency in Scotland, p. 6, pp. 17-20.
[10] State of Nature, Scotland, 2023, p. 3.
[11] State of Nature, op. cit.

2. A faculty rather than an obligation to restore wilderness or rewild under the current legal framework

2.1 Convention on Biological Diversity: a legal ground for restoration.

The legal framework pertaining to wildlife restoration or rewilding at the international, regional and domestic level sets weak obligations on the United Kingdom to rewild. At the international level, Article 8(f) the Convention on Biological Diversity offers a legal ground for restoration and rewilding efforts. Article 8(f) provides that:

«Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate rehabilitate and restore degraded ecosystems and promote the recovery of threatened species, inter alia, through the development and implementation of plans or other management strategies.»

The provision is framed in the usual permissive language typical of international environmental law instruments. It seems that the provision sets out an obligation through the use of the words shall. However, the language of obligation is immediately watered down by the use of the terms «as far as possible» and «as appropriate» suggesting that it is only an obligation of means. The latter terms are the most problematic as it leaves wide amount of discretion to States to deny reintroduction of species which would otherwise be beneficial to all from an environmental perspective based solely on anthropocentric considerations.

In the Scottish Code for the Conservation Translocations & Best Practice Guidelines for Conservation Translocations in Scotland, it is provided that translocations involving top-level predators or species with major ecological impacts can result in conflict (or a perceived conflict) between the conservation goals, and the livelihoods or leisure or other stakeholder groups. Among the potential problems anticipated by the Scottish authorities are predation of pets, livestock or game, transmission of diseases, habitat modification which impact on the health and well-being of livestock or game or in some other way impact on the viability of rural economies such as farming, forestry, fishing and hunting, direct harms to humans. When there is potential for such harm, translocations should not proceed unless acceptable solutions can be developed which could include long-term compensation agreements to offset losses when it comes to depredations on livestock and game (grouse) which probably ranks among the highest risks in Scotland. Although the British and Scottish authorities never completely closed the door to reintroduce keystone species, should the consultation process with key stakeholders yield unsatisfactory results, this would probably be enough to justify the non-implementation of Article 8(f) on the ground that it is not appropriate as contrary to national interests. The use of terms «as far as possible» also leaves considerable discretion to states on how they want to implement this obligation based on their specific local circumstances.

Ancillary legal instruments taken within the framework of the Convention on Biological Diversity include the Aichi Biodiversity Target 14 aiming «by 2020 ecosystems that prov-

ide essential services, including services related to water, and contribute to health, livelihoods and well-being, are restored and safeguarded, taking into account the needs of women, indigenous and local communities, and the poor and vulnerable». Many decisions have been adopted by the Conference of Parties to the Convention on Biological Diversity[12] which translate a consensus at the international level on the need to restore but further confirm that it is an obligation of means and not an obligation of results. Decisions XI/16 on Ecosystem Restoration actually acknowledges that fully restoring an ecosystem to its original state is increasingly challenging and may not always be achievable. It nonetheless urges Parties and encourages Governments and relevant organizations to make concerted efforts to achieve Aichi Biodiversity Targets 14 and all the other Aichi Biodiversity Targets through ecosystem restoration through a range of activities. Decision XII 19 merely acknowledges the need to enhance support and cooperation to promote ecosystem restoration efforts in developing countries. It is also noteworthy that most decisions have a holistic approach with much emphasis on either ecosystem restoration as a whole (decision X/4) which include species or plants (decision X/17) but few are solely focused on fauna. Decisions COP XIII/5 also calls Parties to develop action plans and to provide on a voluntary basis information on their activities and results from the implementation of the action plan[13]. This further demonstrates that the obligation to restore is one of means rather than results.

Despite the number of decisions adopted by the Conference of Parties of the CBD based on Article 8(f) confirm that there is certainly a strong consensus at the international level on the need to restore ecosystems at the very minimum. This is further suggested by the United Nations Decade Ecosystem Restoration Initiatives[14] which again have an ecosystemic approach but do not specifically seek to restore species gone extinct. Yet, ecocide, to the best of our knowledge, is never considered as a possible rationale for restoration and there is no specific emphasis on the eradication of species.

2.2 The regional offshoots of the Biological Diversity Convention.

2.2.1 The non applicability of the binding EU regime to the UK.

Despite the permissive language in which Article 8(f) is framed, it had the merit to serve as a legal basis for the much more stringent and binding legal regime provided for by Regulation (EU) 2024/1991 of the European Parliament and of the Council. The latter seeks to set up a legally binding EU nature restoration regime by setting up targets designed to restore degraded ecosystems in a bid to fight against climate change and reduce the impact of natural disasters[15]. Similarly to the Biodiversity Convention, the approach taken is ecosystemic or holistic and there is little emphasis on wildlife. One of the few

[12] A. Trouwborst, J-C. Svenning, *Megafauna Restoration as a legal obligation: International biodiversity law and the rehabilitation of large mammals in Europe*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 14 April 2022.
[13] CBD/COP/DEC/XIII/5 at paras. 5-6.
[14] New UN World Restoration Flagships.
[15] Regulation (EU) 2024/1991 of the European Parliament and of the Council of 24 June 2024 – Preamble at §§ 7-8.

times that wildlife is mentioned is in paragraph 22 of the Preamble where restoration of ecosystems coupled with reducing wildlife trade should help prevent resilience against diseases. The anthropocentric take is therefore still very pregnant and if restoration is to be encouraged it is never with the idea that we owe it to the species but rather for the interest of mankind. This is further confirmed by paragraph 27 also mentions that the aim is to maintain and restore a favourable conservation status for species wild fauna and flora of Union interest. This begs the question as to whether species holding no particular interest to the Union should be left to their fate.
Among the most salient provisions, is the restoration of terrestrial, coastal and freshwater ecosystems provided for under Article 4. Member States shall put in place restoration measures that are necessary to improve to good conditions areas of habitat types listed in Annex 1 which are not in good condition[16]. Under Article 4, restoration measures need to be adopted to reach specific but progressive targets set for 2030 and 2040 respectively. Article 4(7) especially provides that restoration measures should be taken to restore habitats of species listed in the Annex. Article 4(11) further provides that Member States shall put in place measures ensuring that areas subject to restoration measures show a continuous improvement in the condition of the habitat types listed in Annex I of the Regulations until good condition is reached, and a continuous improvement of the quality of the habitats of the species referred to in the paragraph. Articles 5, 8, 9, 11, 12 all provide for the restoration of marine, urban, natural connectivity of water systems, agricultural, forest ecosystems respectively. Article 14 lays an obligation on Member States to provide for national restoration plan which should indicate the area to be restored taking into account conservation measures, national biodiversity strategies and action plans. Article 20 provides for an obligation to monitor the areas subject to restoration measures including biodiversity indicators and populations of the common farmland bird species. The nature of the restoration measures is left to the discretion of the Member States and reintroduction of species is never expressly mentioned throughout the text. The approach is purely ecosystemic and holistic and assumes that restoring habitat should be enough to restore species. Yet, the Regulation does not provide that species which disappeared as a result of ecocide or human eradication should be restored. Even in Annex VII which sets out a list of examples of restoration measures, rewilding or restoration of extinct species is not provided for. The merit of the regulations lies in its binding nature. The United Kingdom being outside of the EU, it does not apply in the UK. Even though, the Regulations would still fall short when it comes into the restoration of ecosystem services in the UK through

[16] In good condition is defined under the Regulation as: a state where the key characteristics of the habitat type, in particular its structure, functions and typical species or typical species composition reflect the high level of ecological integrity, stability and resilience necessary to ensure its long-term maintenance and thus contribute to reaching or maintaining favourable conservation status for a habitat, where the habitat type concerned is listed in Annex 1 to Directive 92/43/EEC, and, in marine ecosystems, contribute to achieving or maintaining good environmental status.

the reintroduction of native species such as wolves, bears and lynxes as it lacks specificity on this matter.

2.2.2 Bern Convention and Habitats and Birds Directives' permissive legal regime pertaining to wildlife restoration and its implementation in the United Kingdom.

On the other hand, the Habitats and Birds Directives are part of retained EU law in the United Kingdom. The Habitat Directive calls for Member States to ensure the restoration or maintenance of natural habitats and species of Community interest at a favourable status and to designate special areas for this purpose. Its article 12 devoted to the Protection of Species does not directly call for restoration or reintroduction of species when they have become extinct. Article 22(a) of the Directive only requests that state study the desirability of re-introduction of species in Annex IV in which neither wolf, bear and lynx are listed. As pointed by Trouwborst none of the species which went extinct are listed in the annexes of the Habitats Directive as potential candidates for reintroductions[17]. The Directives are implemented under the Conservation Regulations of 1994 in Scotland and in England and Wales. Section 8(2) provides that the Secretary of State shall establish priorities for the designation of sites in the light of the importance of the sites for the maintenance or restoration at a favourable conservation status of a species in Annex II to the Directive which include bear, lynx and wolf. This article could form a strong basis for rewilding especially if read in conjunction with the Bern Convention to which the UK is still a party to.

Article 11(2) of the Bern Convention to which the United Kingdom is a party provides that

«Each Contracting Party undertakes to encourage the reintroduction of native species of wild flora and fauna when this would contribute to the conservation of an endangered species, provided that a study is first made in the light of the experiences of other Contracting Parties to establish that such reintroduction would be effective and acceptable».

The language used is once again permissive and certainly not binding. This is almost wishful thinking as Contracting Parties are only encouraged to reintroduce species with a caveat that they do not have to do so if a study establishes reintroductions from other countries were not conclusive. And when it comes to wolves, experiences from continental Europe are contrasted. Whereas on the one side, the natural recolonisation of the wolves' former haunts is certainly a success from an environmental and conservation stand-point it is at the cost of increasing conflicts with farmers and other rural stakeholders. The recent downgrading of the conservation status of the wolf is most certainly the consequence of raising concerns from the farming community. This will certainly be used as an argument against the reintroduction of the species in the UK. The fact that the Strategic Plan for the Bern Convention for the period to 2030 does not put much emphasis on restorat-

[17] A. Trouwborst, J-C. Svenning, *op. cit.*, p. 190.

ion species' populations does not help either.

The Bern Convention has been implemented in the United Kingdom through the Wildlife and Countryside Act of 1981. Under the Wildlife and Countryside Act of 1981 there is no provision imposing a general obligation to restore species. Only for sites of specific interest, Article 31 provides for restoration measures which can be taken as remedy for an offence under the Act where the owner or occupier of any land in a site of special scientific interest has allowed prohibited and destructive activities[18]. Under the Nature Conservation (Scotland) Act 2004, the Scottish Natural Heritage may propose to give a restoration notice for sites of specific interest where it is satisfied that a person has intentionally or recklessly damaged any natural feature[19]. The scope of this provision is very narrow as it only concerns sites of specific interest that may be considered as special by reason of any of its natural features which can include fauna. Yet, it could hold tremendous potential within the framework of ecocide as in the hypothesis that past eradication of species would occur in a site of special scientific interest, the perpetrators would therefore be under a legal obligation to restore if the species eradicated was the natural feature which made the site its special nature. This is an important legal provision for species still present in Scotland such as the European wild cat which is present in Scottish sites of special scientific interest such as the Cairngorms. Should wolves, lynxes and bears be reintroduced, it could be presumed that the location where they would be reintroduced would become of sites of special interest. However, there are significant legal hurdles preventing such reintroductions[20].

Under Section 14(1) of the Wildlife and Countryside Act 1981, a licence is required to release into the wild any animal which is not «ordinarily resident in and is not a regular visitor to Great Britain (England and Wales) in a wild state». The provision is framed differently for Scotland but any person who released any animal to a place outwith its native range is guilty of an offence. A licence is therefore needed under Section 16 of the Wildlife and Countryside Act 1981. The Scottish Code for Restoration specifically explains that:

«former natives' that were once native to a location but have become extinct there, and are unable to recolonised naturally, are considered to be outwith their native range for the purposes of the 1981 Act. Therefore, they require a non-native species licence for reintroduction. Once a former native has been reintroduced back into a location, it does not automatically become part of its native range. Unless the barriers that prevented natural recolonisation have been removed, human intervention is required to import further individuals, and a licence is still required for subsequent releases in that locality».

The Department for Environment, Food and Rural Affairs (DEFRA) has the same policy for England and Wales. To make potential reintroductions even more difficult, a licence is also needed to keep any dangerous wild animal under the Dangerous Wild Animals Act

[18] Article 28E(1) read in conjunction with Section 28 and Section 31.
[19] Article 10 A of the Nature Conservation (Scotland) Act 2004.
[20] Rewilding Britain, A Guide to Legislation and Regulations for Rewilders.

1976. Any potential reintroduction would necessarily imply to hold some specimen captive before reintroduction hence the licence would be needed and wolves, bears and lynxes, all of whom being listed under the Act.

The amount of discretion afforded to the British Government and public authorities in general by domestic law in relation to species reintroduction – and even as potential remedy to past ecocides – is further facilitated by the lack of a constitutionally entrenched right to a healthy environment.

2.3 The right to a healthy environment: an unsuitable legal ground to remedy past ecocides.

There is no equivalent to a constitutional right to a healthy environment in the United Kingdom as one may find in Art. 66 of the Constitution of Portugal for example or in that of over 100 States[21]. The right to a healthy environment could have offered a legal ground for reintroduction of extinct species. In light of the ecosystemic services offered by apex predators and their contribution to the good functioning of ecosystem services necessary to support life on earth and by extension human health, economy and well-being, the right to a healthy environment could potentially offer a legal ground for predator reintroductions.

In the aftermath of the adoption of resolution A/76/L.75, the UK government stated that although committed to the fight against climate change, biodiversity loss and environmental degradation, it considered that there was «no international consensus on the legal basis of the human right to a clean, healthy and sustainable environment» and denied its emergence as a customary right[22]. The UK nonetheless voted in favour of the resolution.

If the right to a healthy environment is not recognised under UK domestic law, the right to a healthy environment can nonetheless be activated through the Human Rights Act of 1998 which give effect to the rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights. The European Convention on Human Rights does not expressly provide for a right to a clean environment. Yet, an extensive and broad interpretation has led the Court to consider that some rights protected by the Convention may be affected by adverse environmental factors[23]. Convention rights which may be specifically infringed as a result of environmental degradation based on the cases from the ECtHR are the right to life (Art. 2), the right to respect for private and family life (Art. 8); the right to property (Protocol 1 to the ECHR), right to due process (art. 6), the right to receive and impart information and ideas (Article 10), the right to an effective remedy (Article 13). While it is not within the purview of this article to provide for a detailed overview of the interaction between environmental protection and human rights; some emphasis will be given to the use of Art. 8 to enforce environmental standards to determine to what extent it can be of use within our problematic.

[21] Y. Aguila, *The Right to a Healthy Environment*, 2021, IUCN.
[22] Statement of the UK Government delivered to the UN General Assembly at the adoption of resolution A/76/L.75.
[23] Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, 2012.

At the outset, the Court stated very clearly in a very established caselaw that environmental degradation does not necessarily involve a violation of Article 8 as it does not include an express right to environmental protection or nature conservation[24]. Therefore, Article 8 cannot be used in an aspirational way, there has to be some form of direct harm to plaintiff which should reach a certain threshold[25]. In *Fadeyeva*, the Court stated «in order to raise an issue under article 8 the interference must directly affect the applicant's home, family or private life (...) the adverse effects of environmental pollution must attain a certain minimum level if they are to fall within the scope of Article 8». The Court referred to its own case law on the matter[26]. In *Leon and Agnieszka Kania v. Poland*, where the plaintiffs complained about the high levels of noise emitted by a nearby company, the Court added that in order to trigger Article 8, a plaintiff has to be directly and seriously affected[27]. In *Dubetska and Others v. Ukraine*, deemed that environmental nuisance inherent to city life were not serious to trigger the protection of Article[28].
With these principles in mind, it would be very difficult to use Article 8 to prompt authorities to restore eradicated species to prevent further environmental degradation on the ground that it constitutes an infringement on the right to enjoy one's living space. Although there is an increasing amount of evidence of increasing environmental degradation stemming from the absence of keystone species, the resulting harm would only be incremental. An applicant would be hard pressed to prove a causal link between the absence of keystone species such as apex predators and a resulting infringement of its human rights. The case of *Kyrtatos v. Greece* is probably the most relevant here where the destruction of wetlands due to urban development did not fall under the scope of article 8 according to the Court as other international instruments were deemed more relevant[29]. In light of this decision, it is unlikely that the eradication of species whether past or present would trigger Article 8 as it is beyond the scope of the Convention. Even if it were, the causal link between eradication of species and infringement of Convention rights would be too hard to prove.
If the Court in *Powell & Rayner v. the United Kingdom*, the ECtHR recognized the right to respect for private and family life included the respect of one's quality of life and one's living space[30], in most cases there was a direct and serious form of environmental hazard suffered by the plaintiffs: fumes and noise from waste treatment plant (*López Ostra v. Spain*), polluted water (*Tătar v. Romania*), aircraft noise (*Hatton and Others v. the United Kingdom*). In *Fadeyeva v. Russia*, the applicants lived in the vicinity of an iron-smelting plant which released significant concentration of hazardous substances in the atmosphere. The Court

[24] *Fadeyeva v. Russia*, Judgment of 9 June 2005 at paragraph 68; *Kyrtatos v. Greece*, judgment of 22 May 2003.
[25] *Fadeyeva v. Russia*, *op. cit.*, paragraphs 68-69.
[26] *López Ostra v. Spain*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-C, p. 54, §51, *Hatton and Others v. the United Kingdom* [[GC]], no. 36022/97, § 118, ECHR 2003-VIII.
[27] *Leon and Agnieszka Kania v. Poland*, Judgment of 21 July 2009, paragraphs 98-104.
[28] *Dubetska and Others v. Ukraine*, paragraph 105.
[29] *Kyrtatos v. Greece*, *op. cit.*, paragraph 52.
[30] *Powell & Rayner v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1990, paragraph 40.

found that there was a violation of Article 8 as the environmental impact of the plant interfered with her right to respect of her home and private life. Denial by the Russian authorities to relocate her immediately to protect her from the pollution and merely putting her on a waiting list was not enough for Russia to discharge its positive obligations under the Convention.

Positive obligations of States within this framework consist in positive measures to protect Convention rights[31] or prevent their infringement but do not consist in measures to protect the environment *per se*. Therefore, it is highly unlikely that the Human Rights Act which gives effect to the ECHR in the UK would provide for a good legal ground to reintroduce eradicated species to restore ecosystem services necessary to guarantee the right to a healthy environment.

Under the current regime, there is only an obligation on means on countries such as the United Kingdom to restore species even if they have been victims of ecocide such as the UK's lost guild of predators. As it stands, ecocide is not a legal ground in itself to justify restoration or rewilding measures. Even though, initiatives have been launched at the international level and domestic level to introduce ecocide in the penal arsenal they would likely be fruitless. They would most likely be limited in scope *ratione materiae* and *ratione temporis* and would not cover past ecocides. More importantly, the definitions proposed do not take into account the specificities of ecocide in the form of eradication of species otherwise known as theriocide.

3. The Limited use of criminal law to deal with past ecocides in the form of eradication of species due to anthropogenic causes

3.1 The principle of legality as an insurmountable obstacle.

Although the negative effects of species extinction through human eradication may still be felt today, the principle of legality constitutes an insurmountable bar to any criminal action. Jurisdiction of any court be it at the international level or the domestic level would necessarily have to be prospective[32]. The principle being so firmly entrenched both at the international and domestic levels. Article 11 of the Universal Declaration on Human Rights of 1948 provides that «No one shall be guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed that the one that was applicable at the time the penal offence was committed». Article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 7 of the Convention for the Protection of Human Rights. Several regional human rights conventions have reaffirmed the principle such as Article 9 of the Inter-American Convention on Human Rights. The content of the principle is also firmly established and is comprised of 3 key principles 1) Criminal offences and penalties must be provided by law as an act

[31] *Guerra and Others v. Italy* [[GC]], judgment of 19 February 1998, paragraph 58.
[32] P. Okowa, O. Flasch, *Reflections on Ecocide as a Fifth Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court*, in C. Stahn (ed.), *The International Criminal Court in Its Third Decade*, Nijhoff, Brill, p. 486.

adopted by the parliament 2) criminal law must be very well determined, which means that it must be worded in clear and specific terms and also must be foreseeable 3) the principle of legality includes that the criminal law, which provides an act or an omission as a criminal offence must be adopted and brought into force before committing the crime. Human rights courts have also reaffirmed that the principle remains a central element of criminal prosecution in a democratic society[33]. Even within the context of the Nuremberg trials where the most egregious crimes against humanity and genocide were under scrutiny, failure to abide to these principles was heavily debated[34]. It is therefore hard to imagine that an exception would be made to enable the prosecution of ecocide in the form of eradication of species especially if it happened in a distant past. Ecocide is still to this day not recognized as a crime under international law. If some jurisdictions have introduced the crime of ecocide within their domestic legislation[35], the principle of legality also requires that the criminal law must be very well determined, which means that it must be worded in very clear and specific terms and also must be foreseeable. Although it is not the purpose of this article to make another commentary of the definition provided by the International Environmental Panel (IEP), the abundant literature which was published in the aftermath of the publication of the definition of ecocide suggests that the condition of a clear worded language was not fulfilled in the IEP definition proposal nor by its domestic offshoots in the United Kingdom.

3.2 Ecocide: a problematic definition.

As a reminder the definition of the IEP reads as:

«*For the purpose of this Statute, "ecocide" means unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts*».

The definition was heavily commented and criticized and since both the definitions provided in the UK bill[36] and that of the Scottish proposal[37] are heavily inspired by the IEP definition, similar criticism could apply to them. According to a majority of legal academics, the definition would not likely meet the requirements of clarity under the principle

[33] *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, Judgment of February 2, 2001 Inter-American Court of Human Rights, §101.
[34] G.A. Finch, *The Nuremberg Trial and International Law*, in *The American Journal of International Law*, vol. 41, 1, 1947, pp. 20-37.
[35] Ecocide / serious environmental crimes in national jurisdictions.
[36] «1. It is an offence of "ecocide" for a person, company, organisation, partnership or any other legal entity registered in the United Kingdom, to be in breach of section 2 of this Act. 2. For the purposes of this Act, "ecocide" - (a) as it applies to an individual, means unlawful or wanton acts or omissions committed by persons of superior responsibility who had knowledge, or should have knowledge, that there was a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts. (b) as it applies to a company, organisation, partnership or other legal entity, means strict liability for unlawful or wanton acts or omissions with a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being caused by those acts».
[37] «Ecocide: unlawful or wanton acts committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment being cause by those acts».

of legality[38]. Beginning with the *mens rea* – with knowledge – which was criticized for being deeply confusing as it constituted a significant departure from the requirements of Article 30 of the ICC Statute[39]. The first trigger of criminal liability is that an unlawful act be committed with knowledge that there is a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage to the environment was criticized as there are few prohibitions under international environmental law[40] aside from the general prohibition under customary international law to prevent damage to the environment of other states[41]. Alternatively, this would require states to criminalize a given action under their domestic legislation[42].

Under the usual terminology of the ICC statute, «knowledge» means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events which covers *dolus directus*[43] and *dolus indirectus*[4445]. In other words, the perpetrator is required to be aware that his acts are «virtually certain» to bring about the prohibited consequence(s)[46]. As pointed out by many authors[47] under the Panel's definition «knowledge» rather covers *dolus eventualis* otherwise known as recklessness meaning that the perpetrator needs only to be aware of a substantial likelihood of severe and either widespread or long-term damage[48]. The fact that the *mens rea* further required that the perpetrator must be aware that the damage will be «clearly excessive in relation to the social and economic benefits anticipated» was also significantly criticized[49]. According to Minkova[50], Hendry[51] and Killean[52], awareness of the excessive damages in relation to the anticipated benefits of a given act is

[38] L.G. Minkova, *The Fifth International Crime: Reflections on the Definition of "Ecocide"*, in *Journal of Genocide Research*, vol. 25, 1, p. 81: «the ambiguity concerning the mental element of Article 8ter is hard to reconcile with the legality principle codified in Article 22 Rome Statute that provides that the definition of a crime shall be "strictly construed"».
[39] A. Branch, L. Minkova, *Ecocide, the Anthropocene, and the International Criminal Court*, University of Cambridge, pp. 3-4; K. Jones, *The Beginning of the End of Ecocide: Amending the Rome Statute to Include the Crime of Ecocide*; L.G. Minkova, *op. cit.*, pp. 62-83.
[40] D. Robinson, *Your Guide to Ecocide*, in *Opinio Juris*, 2021.
[41] Principle 21 of the Stockholm Declaration of 1972 which codified customary international law according to the ICJ, in *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, p. 226, at para. 30.
[42] Ibid.
[43] Where the perpetrator foresaw and desired the illegal event and/or harmful consequence.
[44] Where in addition to the consequences resulting from the desired illegal committed by the perpetrator, other certain but undesired consequences were foreseeable by a reasonable person. It differs from *dolus eventualis* where the events were a mere possibility from the illegal action.
[45] J.D. Van Der Vyver, *The International Criminal Court And the Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, in *U. Miami Int'l & comp. L. Rev.*, vol. 12, 2004, p. 66.
[46] ICC, *Bemba*, "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo" (ICC-01/05-01/08-424), Pre-Trial Chamber II, 15 June 2009, para. 362.
[47] P. Okowa, O. Flasch, op. cit., pp. 473-492.
[48] See also L.G. Minkova, *op. cit.*, pp. 78-80.
[49] K. Jones, *op. cit.*, p. 11.
[50] L.G. Minkova, *op. cit.*, p. 80.
[51] P. Hendry, *Mens Rea and the Proposed Legal Definition of Ecocide*, in *Völkerrechtsblog*, 2021.
[52] R. Killean, D. Short, *Scoping a Domestic Legal Framework for Ecocide in Scotland*, Report for the Environmental Rights centre for Scotland (ECRS), 2024, p. 23.

too difficult to prove. Let alone for acts constitutive of ecocide committed in the past especially in the form eradication of species.
When it comes to eradication of a given species, this may be the unintended result of a succession of lawful acts through time none of which being the action of one specific perpetrator but rather that of several actors (government, farmers, any economic agent, hunters) over any given and significant period time without any intent and awareness that their actions was likely to eradicate a species. Conversion of land, habitat destruction, deforestation which occurred prior to the industrial revolution were not necessarily done with intent or even awareness that this would result in the disappearance of a given species which seemed abundant at the time. This is how mega-herbivores become extinct when their habitat has been gradually destroyed or converted to agricultural lands through time although the perpetrators responsible did not really intend to eradicate the species as such. This is the story of the aurochs in the United Kingdom, the wisent[53] in continental Europe, the Indian rhinoceros[54], Eld's deer (*Rucervus eldii*)[55], the barasingha (*Cervus Duvaucelii*)[56] and to a lesser extent the blackbuck (*antilope cervicapra*) in India where land conversion played major role in the decline and extinction of these species[57].
When it comes to ecocide in the form eradication species, past or present, identification of perpetrators becomes impossible. If we take the example of eradication of species through the form of wildlife crime, perpetrators may involve state officials through which states may be vicariously liable, middlemen including powerful crime syndicates, wildlife traffickers, poachers, trophy hunters[58]. The same observation regarding legal eradication of species such as lethal control of predators which may lead to ecocide[59] and involve several co-perpetrators including the state and its agencies and officials, farmers, hunters, poachers and a host of rural stakeholders.
The introduction of a cost-benefit component in the proposed *mens rea* takes into account this hypothesis when it comes to species eradication[60]. But as pointed out by the doctrine this *mens rea* implies a threshold up to a certain point where harming the environment may be seen as beneficial and legitimate[61] until it is too late. This has led many to point out the anthropocentric take of the IEP on ecocide[62]. Minkova criticized the cost-benefit approach as diminishing the symbolic value of criminalizing the crime of ecocide at the

[53] D.E. Wilson, R.A. Mittermeier, *Handbook of the Mammals of the World*, vol. 2, Barcelona, Lynx, p. 577.
[54] M.K. Ranjitsinh, *Indian Wildlife*, New Delhi, Brijbasi, 1995, p. 99; D.E. Wilson, R.A. Mittermeier, *op. cit.*, p. 172.
[55] A.J.T. Johnsingh, N. Manjrekar, *Mammals of South Asia*, Universities Press (India) Pvt. Ltd, p. 258.
[56] M. Rangarajan, *India's Wildlife History*, Delhi, Permanent Black, 2001, p. 4.
[57] C. Mishra et al., *The role of incentive programs in conserving snow leopard*, in *Conservation Biology*, vol. 17, 6, 2003, pp. 1512-1520.
[58] T. Milliken, J. Shaw, *The South Africa – Viet Nam Rhino Horn Trade Nexus: A deadly combination of institutional lapses corrupt wildlife industry professionals and Asian crime syndicates*, in *A Traffic Report*, 2012.
[59] R. Woodroffe, S. Thirgood, A. Rabinowitz, *op. cit.*, pp. 2-3.
[60] Ambos and Winter, p. 187.
[61] A. Branch, L. Minkova, *op. cit.*, pp. 8-9.
[62] E. Winter, *Stop Ecocide International's Blueprint for Ecocide Is Compromised by Anthropocentrism: A New Architect Must Be Found*, in *Israel Law Review*, vol. 57, 1, 2024.

ICC in the first place, namely, to communicate the idea that the wellbeing of nature and that of humans are inherently interlinked[63]. The intrinsic worth of the environment is denied as causing harm to the environment is *prima facie* legitimate. As pointed out by Minkova under the «wanton» criteria which covers legal acts which need to be clearly excessive in relation to the social and economic benefits anticipated. As a result, not all acts that cause that type of environmental damage are «illegitimate, or even undesirable».

Yet, the anthropocentric take on ecocide should not come as a surprise. Ecocide is in a way the child between international criminal law and international environmental law. The latter is all about reaching a balance between socio-economical needs and protection of the environment. In the Pulp Mills case, the International Court of Justice recalled the principle that as part of the principle of prevention, a State is obliged to use all means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another state[64]. There is this idea again that some amount of damage to the environment is tolerable or acceptable up to a certain level which has to be determined on a case-by-case basis: «it is for each State to determine in its domestic legislation or in the authorization process for the project, the specific content of the environmental impact assessment required in each case, having regard to the nature and magnitude of the proposed development and its likely adverse impact on the environment as well as to the need to exercise due diligence in conducting such an assessment»[65]. The Court reaffirmed this principle in Certain Activities Carried Out by Nicaragua[66]. This idea that some amount of environmental damage is acceptable to further legitimate goals such as industrial development is at the core of international environmental law which is further materialised through the idea of sustainable development. Anthropocentrism is therefore at the very heart of environmental law and even international wildlife law which may be another factor behind the rejection of a strict liability regime. Similarly international criminal law and especially the ICC was «strictly intended to respond to anthropocentric harm by human agencies»[67]. The anthropocentric perspective underlying the whole ecocide initiative both at the international level and at the UK domestic level may have some relevancy when it comes to environmental hazards, pollution or depletion of natural resources. But animals are a very specific kind of natural resources which should not be legally qualified as such in light of their sentience. As such, ecocide in the form of eradication of species is so specific that it should be covered by dedicated provisions or legal instruments.

3.3 Theriocide, wildlife crime, crime of mass destruction of fauna as alternatives to ecocide would have provided for a much clearer definition.

[63] L.G. Minkova, *op. cit.*, p. 65.
[64] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010,* p. 14, at para. 101.
[65] *Pulp Mills* case, *op. cit.*, para. 205.
[66] *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua) and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan* River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015, p. 665, at para 104.
[67] P. Okowa, O. Flasch, *op. cit.*, p. 488.

An argument could be made that many problems pointed by academics as to the lack of clarity of the IEP definition of ecocide could have been avoided to some extent if a specific category had been created for ecocide as a form of eradication of species or theriocide. In a sense, the IEP was maybe overambitious in trying to criminalize all forms of harm to the environment in one catch-all term: ecocide. As pointed out by Krott, nobody really knows precisely what the environment is[68]. Some academics advocate that having a list of prohibited acts provides greater certainty and predictability than a formulaic approach[69]. It may be relevant to follow the example of Article 441 of the Ukrainian Criminal Code which draws a list of what is comprised within the term ecocide including the mass destruction of flora and fauna[70]. An argument will be made that ecocide in the form of mass destruction of fauna or species eradication is a very specific and very different form of ecocide than other forms such as climate change, pollution and destruction of whatever component of the environment or the ecosystem.
In a seminal article, Piers Beirne suggested the use of the term theriocide based on the Greek root *θηρίον* which means an animal other than human[71]. Beirne explains in his article that theriocide is better term than zoocide which actually encompasses both human and non-human animals[72]. Theriocide is therefore much more specific. Beirne defined theriocide as the name for those diverse human actions that cause deaths of animals regardless of whether it is socially acceptable or unacceptable, legal or illegal[73]. Activities covered include but are not limited to intensive rearing regimes, hunting and fishing; trafficking; vivisection; militarism; pollution; and human-induced climate change[74]. Theriocide, in the form of mass destruction of species involves the mass killing of sentient beings bring this crime much closer to genocide. When it comes to theriocide, there has been and there still is a specific intent from perpetrators to destroy in whole or in part members of a species bringing it closer to genocide. It is noteworthy to remember that under Article 6 of the ICC statute the *actus reus* for genocide comprised killing members of the group with a *mens rea* to destroy in whole or in part. Applied to theriocide, it is not even necessary to have an intent to completely eradicate a given group/species. Intent to kill some members of a given species would be enough to trigger criminal liability in this hypothesis. In this respect, I respectfully disagree with many academics which criticized the high threshold to trigger ecocide on the ground that people rarely if ever set out with the purpose of harming the environment as such[75].
In practice, some current forms of mass destruction of animals including legal ones such

[68] D. Krott, *The definitional dilemma – The quest for a definition of "ecocide" and "international environmental crimes"*, in *The Resolution Journal*, vol. 3, *Environmental Crimes and Protection*, 2021 Conference Articles, p. 5.
[69] R. Killean, D. Short, *op. cit.*, p. 21.
[70] D. Krott, *op. cit.*, p. 5.
[71] P. Beirne, *Theriocide: Naming Animal Killing*, in *IJCJ&SD*, vol. 3, 2, 2014, p. 55.
[72] P. Beirne, *op. cit.*, p. 56.
[73] P. Beirne, *op. cit.*, p. 49.
[74] P. Beirne, *op. cit.*, p. 49.
[75] D. Robinson, *op. cit.*

as lethal control of predators or mega herbivores requires a very specific intent to eradicate them from a given area. The disappearance of wolves, bears and lynxes from the United Kingdom is especially the result of wilful and purposeful eradication embedded in policies throughout time. There was a specific intent to make them disappear from the British countryside. It is reported that in AD 950, King Athelstan imposed an annual tribute of 300 wolf skins on Welsh King Hywel Dda[76]. In the 13th century, King John was offering a reward of five shillings for each wolf pelt submitted[77]. King Edward I reportedly ordered the total extermination of all wolves of the Kingdom and hired knights for the task[78]. James I of Scotland passed an act requiring all lairds to seek out and destroy wolves while further acts for the destruction of wolves were passed in 1457, 1527 and 1577[79]. In all these instances, isn't there a very specific intent to destroy by killing members of a species rather than a group?

From India to the United States, similar measures were taken with specific intent to eradicate wolves and other predators by the various authorities in power. The extinction of the cheetah in India solely due to anthropogenic causes is a case on point. Before the British Raj, cheetahs were taken in great numbers from the wild by the Moghuls and Indian princes to be trained for hunting deer and antelopes such as the blackbuck[80]. Although they were not killed, they were nonetheless used to satisfy human needs and depleted populations in the wild. Divyabhanusinh, an expert on India's natural history explains in his book «the Story of India's Cheetahs» that when the British took over, they had no interest in capturing live cheetahs for hunting purposes. Since they saw no need nor purpose in them, so they killed them for sport:

«*Unfortunately, the British did spear or shoot cheetahs when they came across them in the wild. Mughal emperors, Indian princes and potentates of an earlier era had mainly restricted themselves to taking cheetahs from the wild to train for the hunt. Though some of these animals could have been killed, they were not the primary objects of shikar (Indian term of hunting). The British, on the other hand, made them targets for sport and for collecting trophies, and during the 19th and 20th centuries the Indian princes and other privileged classes started aping the imperial masters* (...)».

Divyabhanusinh in the same book produces the personal account of a British officer telling of his slaughter of four cheetahs.

«I fired. To the shot, up spang six cheetahs, beautiful brutes, growling and rushing over each other, one evidently severely wounded. (...) Before I could determine whether to fire my second barrel or to bolt, the old shikari (hunter), yelled out, "come quickly for your horse, they are cheetahs you can spear them; we'll kill them all!". A mens rea of specific intent to kill would not be too difficult to prove in this case nor in the case of other legal

[76] Great Wolf Slayers of England.
[77] Ibid.
[78] Ibid.
[79] The Disappearance of Wolves in Britain.
[80] C. Divyabhanusinh, *The Story of India's Cheetahs*, The Marg Foundation, 2023, p. 103.

eradication of predators. Again, isn't there a specific intent to destroy members of a species in both these instances?»

In Europe, America or India, it was not unusual for the relevant authorities to put bounties with intent to eradicate a species[81] as was the case in the United Kingdom for wolves, bears and lynxes. All colonial powers and their representatives massively slaughtered wild animals and it is interesting to note that extinction of charismatic species of fauna occurred within colonial times[82]. The quagga was exterminated by the Boers, the thylacine in Tasmania as a result of bounties set up by the Tasmanian government.

Boomgard on this book on tiger and people in the Malay World writes: «In tropical areas under European overlordship, holding out rewards for capturing or killing fierce animals was a widespread phenomenon. For example, the Dutch offered rewards for jaguars (then also called tigers) in their Caribbean colony Suriname, for lions and leopards in the Cape colony in South Africa, and for crocodiles in Sri Lanka. The British offered rewards for tigers, leopards, and various other animals in India and Burma»[83]. Rangarajan in his book on India's Wildlife History indicates that larger rewards were offered for tigresses and special prizes given to finish off cubs[84]. Can there be better evidence of specific intent of theriocide than the killing of female and cubs? Just like for genocides, propaganda was also used to justify the mass killings[85]. A British Major stationed in India wrote the following:

«It becomes a question how far it would not be well to employ in each region where necessity exists a certain number of paid tiger-killers or snake-destroyers, as the case might be, whose sole and special duty would be to follow their vocation just like the mole-catcher and rabbit-killer in our country. If the extermination of creatures which prey upon herbivores were taken up as systematically in India as the extermination of creatures which prey on game in England, there is no reason why very satisfactory results should not be obtained[86]. And extermination happened as between 1875 and 1925, 80 000 tigers, more than 150 000 leopards, 200 000 wolves were wiped out»[87].

The story of the tiger bounties in the Malay world or in India is, therefore, part of the much larger story of how Western trading companies and governments attempted to rid the tropical areas where they held sway of dangerous animals, or at least that were perceived to be dangerous[88]. It is interesting to note that the Javan and Bali tigers went extinct and the Sumatran, Malayan and Indochinese species are on the verge of extinction. As pointed out by Boomgard, hunting is a historical phenomenon practiced both by kings and the nobility and hunter-gatherers and when it comes to dangerous predators such as

[81] P. Boomgaard, *Frontiers of Fear, Tiger and People in the Malay World 1600-1950*, New Haven, Yale University Press, 2001, p. 87.
[82] P. Boomgaard, *op. cit.*
[83] Ibid.
[84] M. Rangarajan, op. cit., p. 23.
[85] Ibid., p. 25.
[86] Ibid., p. 22.
[87] Ibid., p. 32.
[88] P. Boomgaard, *op. cit.*

big cats or wolves the intent was always to rid the environment of these animals[89]. What is under criticism is the utilitarian mindset which remains firmly entrenched in Western countries. Ironically, in India it is the tiger's value as a trophy which motivated the British authorities to conserve it when it was on the brink of extinction[90] as another illustration of the utilitarian mindset. It was already too late for the cheetah which was less valued. The utilitarian mindset is still very pregnant today. Whereas it is in its name that species were eradicated, it is also in its name that reintroduction of predators is not considered by the British authorities when it comes to wolves, bears and lynxes. In stark contrast, the Government of India is willing to reintroduce cheetahs against all odds thanks to the more ecocentric approach which is more prevalent in Indian culture through the Vedas, Hinduism and Jainism.

Under a utilitarian perspective, an animal is only allowed to live if of some use to mankind[91]. The historical case of the cheetah illustrated this perspective perfectly and is further reflected in the preambles of most international conventions dealing with the protection of wildlife be it the Washington Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora or the Convention on the Conservation of Migratory Species which recognize that wild animals must be conserved for the good of mankind. As soon as any species is perceived as a threat to human interests, mass killing with intent to eradicate becomes legitimate[92], even by today's standards. Not so long ago, the 1900 Convention for the Preservation of Wild animals, Birds and Fish in Africa listed in its Schedule 5 «Harmful animals desirable to be reduced in number» which included the whole guild of African predators from lions to baboons, otters, crocodiles, pythons and large birds of prey. The convention «encouraged the destruction of the eggs of crocodiles, poisonous snakes, and pythons». Even though provisions such as the one of the 1900 Convention are rare, they left a legacy even in modern conservation treaties and domestic legislations. Most international conventions on the protection of biodiversity actually provide for exemptions enabling a state to exert lethal control of species under given circumstances which usually framed in vague language. Article 9 of the Bern Convention for the Conservation of Wildlife and Natural Habitats of 1979 provide a host of exceptions where Contracting Parties could resort to lethal control of protected species under the Convention in defence of property and economic interests. The Bern Convention nonetheless provided some safeguard methods of control should not be detrimental to the survival of the population concerned. However, this does not mean that mass killings will not ensue. Especially for species such as the wolf which status has been downgraded by the

[89] Ibid., p. 107.
[90] M. Rangarajan, op. cit., p. 23.
[91] «The "value" of animals, specific eco-systems and distinct groups of people is measured instrumentally and anthropocentrically, from the point of view of corporate profit rather than inherent rights». R. White, *Environmental harm, an eco-justice perspective*, Bristol, Bristol University Press, p. 163.
[92] R. Woodroffe, S. Thirgood, A. Rabinowitz, *op. cit.*, p. 2.

Convention[93] specifically because the species is still to this day considered as a pest by some. R. White writes[94]:

«(...)The concepts of "pests" and "invasive species" are contested notions insofar as each reflects human interpretations of value and worth. The idea of "pest", for example, reduces the life, energy, activity and wellbeing to that of threat, worthlessness and nuisance relative to human objectives. It tends to portray targeted species in ways that foster eradication and fear of species rather than understanding or appreciation of broader ecological and zoological processes and imperatives». British born Indian naturalist Dunbar Brander writes about the leopard: «As leopards can be considered vermin, pure and simple, the ethics of how they are killed does not arise»[95].

Case on point, Art R-427-6 of the French Environmental Code defines as pest (or vermin) "nuisible" any animal species which harms public health and/or disturbs the smooth running of certain human activities. At the UK domestic level, the Prevention of Damage by Pest Acts previously known as the Rats and Mice (Destruction) Act 1919 is also a relic of this utilitarian mindset which can lead to the legitimate mass destruction of species. By extension, the mere fact that only endangered species or migratory are protected by the law and that species are further listed into appendix based on their conservation status translates this very idea of that there is hierarchy between animal species based on their value for mankind[96].

Another reason to rue the missed opportunity of a creating tailored ecocide/theriocide for the mass destruction of species, is that it could have enabled for a wider *actus reus* such as causing serious bodily or mental harm to members of the group. Such an actus reus would have enabled the taking into account concerns for animal welfare and well-being and the need to protect their habitat. As noted by Legge and Brooman, «ecocide masks issues that relate to animals alone in light of their sentient capacities»[97]. They further contended that environmental harms or crimes should include harm against animals such as abuse, mistreatment or death of animals and birds due to environmental hazards caused by men which would be a way to recognize their right to life[98]. While Article 6(c) which provide for deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part could have allowed to deal with the destruction of species habitat. However, the *mens rea* would have been more difficult to demonstrate in this latter hypothesis and this is where the concept of wantonness could have been useful. Contrary to the general crime of ecocide, the alternative and less stringent *mens rea* of

[93] Bern Convention Standing Committee approves EU proposal to modify wolf protection.
[94] R. White, *Species justice and harm to animals, Environmental harm, an eco-justice perspective*, Bristol, Bristol University Press, p. 119.
[95] A.A. Dunbar brander, *Wild Animals in Central India*, New Delhi, Nitraj Publishers, 2018 edition, p. 143.
[96] P. C. Lee, *People, Perceptions and 'Pests' Human-Wildlife Interactions and the Politics of Conflict*, in C. Hill, A.D. Webber, N.E.C. Priston (eds.), *Understanding Conflicts about Wildlife, a Biosocial Approach* in *Vol. 9 of Studies of the Biosocial Society,* New York-Oxford, Berghahn Books, 2017, pp. 15-29, p. 16.
[97] D. Legge, S. Brooman, *Reflecting on 25 Years of Teaching Animal Law: Is it Time for an International Crime of Animal Ecocide?,* in *Liverpool Law Review*, vol. 41, 2020, p. 212.
[98] Ibid. p. 212.

«wantonness» would also be easier to demonstrate as well. Eradication of species can take many forms: habitat destruction, any form of wildlife crime from poaching to illicit trafficking of species[99], any legal form of hunting or killing from trophy hunting to commercial hunting or combination or both. Some species such as the Asiatic lion and Asiatic cheetahs which used to be present from Israel to India were entirely wiped out as a result of habitat destruction and overhunting[100] (a small population of Asiatic lions remain in the Gir forest in Gujarat, India). In all these hypothesis, even habitat destruction for economic and social needs, it would be very hard for perpetrators not to be at least aware that there would be substantial risk of species eradication which would also satisfy the *actus reus* of «severe and either widespread or long-term» damage to the environment especially in light of the role played by keystone species such as apex predators which could affect the environment of other states through shared ecosystem services[101]. Mackintosh et al. rightly contend that the proportionality test to satisfy the wanton criteria based on social benefits would already be fulfilled at least for all endangered species listed under the CITES regime as their legal trade is subjected to a stringent permit system to ensure that an endangered species does not become extinct due to unsustainable trend[102]. A bold argument could also be made that if it is legally acknowledged that animals are sentient being, the requirement of «severe and either widespread or long-term» damage to the species conservation status might be unnecessary. No social benefits would justify the mass killing of any species regardless of their conservation status on the ground of their sentient status.

Regardless of the merits of creating a specific crime of ecocide in the form of mass destruction of species akin to genocide, one significant hurdle remains that it would nonetheless require a change of legal status for animals from natural resources to persons which is not without controversy. Animals are unequivocally sentient beings and their killing carries much more significant ethical implications than the destruction of other natural resources. Yet, the mere proposal to assimilate the mass killing of non-human animals to genocide is also highly controversial both from an ethical and legal perspective[103]. This is the hierarchy of victimhood described by Tanya Wyatt and Rob White which sets humans at the top of the hierarchy[104]. As such victimhood would be another hurdle to overcome.

---

[99] K. Mackintosh, O. Swaak-Goldman, G. Dawson, G. Van der Woude, *Wildlife Crime: Testing the Waters for Ecocide*, in *An International Crime of Ecocide: New Perspectives*, Symposium 2023, p. 4.
[100] Divyabhanusinh, *The Story of Asia's Lions*, Mumbai, Marq Publications, 2008.
[101] Ibid., p. 6.
[102] Ibid., p. 8.
[103] Referring to some human groups as "animal" has been used as form of dehumanisation leading to genocide. See generally P-J. Delage, *La condition animale: Essai juridique sur les justes places de l'homme et de l'animal*, Le Kremlin-Bicêtre, MareMartin, 25 February 2016. Also G. Varona, *Restorative Justice for Illegal Harms Against Animals: A Potential Answer Full of Interrogations*, in B. Pali, M. Forsyth, F. Tepper (eds.), *The Palgrave Handbook of Environmental Restorative Justice*, Cham, Palgrave Macmillan, 2022, pp. 305-332, pp. 305-306.
[104] T. Wyatt, *Wildlife Trafficking: A Deconstruction of the Crime, the Victims, and the Offenders*, Basing-stoke, Palgrave MacMillan, 2013, p. 74.

3.4 The limited scope of victimhood under criminal law and unsuitable reparations further diminishes the relevance of criminal law to deal with ecocide.

Another limitation of criminal law which derives from its intrinsically anthropocentric character is that the first victims of ecocide which could encompass any element of the environment cannot have standing before either the ICC and most domestic courts[105] and cannot be considered as victims which has some serious repercussions on reparations. Non-human animals cannot be classed as victims of a crime[106] and environmental harm has for a long time been considered as a victimless crime[107]. If we take the ICC regime, Rule 85 of the Court's Rules of Procedure and Evidence, only natural and legal persons who have suffered or sustained physical, material, psychological and or moral harm with a causal nexus to a crime for which the defendant was convicted may qualify as victims. There is now a body of evidence that there is a continuum between humans and non-human animals[108]. The latter have sentience and can feel pain, emotions and have even cultures[109] at least for those who are part of the *chordata* and even cephalopods. Whereas both international law and most domestic jurisdictions are still oblivious of this body of scientific evidence, there is nonetheless an emerging legal trend in favour of the recognition of animal rights based on characteristics that they share with humans. Indian[110], Argentinian[111] and New Zealand courts have recognized that animals have legal rights. The World Trade Organization through one of its Appellate Body expressly acknowledged the European Union's view that the protection of animals is value of high importance and matter of public morals[112]. The constitutions and laws[113] of several countries have also granted rights to nature. There is now a growing number of academics who also

---

[105] *Nonhuman Rights Project, Inc. v. Cheyenne Mountain Zoological Society*, No. 24SA21(Colo. Jan. 21, 2025).
[106] R. White, *Green victimology and non-human victims*, in *International Review of Victimology*, Vol. 24, 2, 2017, pp. 239-255, p. 241.
[107] M. Flyn, M. Hall, *The case for a victimology of nonhuman animal harms*, in *Contemporary Justice Review*, vol. 20, 3, pp. 299-318.
[108] S. Hurn, *Humans and other animals, Cross-cultural perspectives on Human-Animals Interactions*, London, Plutopress, 2012.
[109] M. Bekoff, J. Pierce, *Wild Justice, the Moral Lives of Animals*, Chicago, The University of Chicago Press, 2009.
[110] See *Animal Welfare Board v. A. Nagaraja*, Supreme Court of India, 7 May 2014A. *Periyakaruppan vs The Principal Secretary to Government and The Additional Chief Secretary and Commissioner of Revenue Administration*, Madras High Court, 19 April 2022, *Lalit Miglani vs State of Uttarakhand and Other*, High Court of Uttarakhand, 30 March, 2017; *Mohammed Salim v. State of Uttarakhand*, High Court of Uttarakhand, 20 March 2017.
[111] In the case, CCC 68831/2014/CA1 an orangutan and EXPTE.NRO.P-72.254/15 of November 3, 2016 chimpanzee were recognized as legal persons and granted legal rights. In another case from 2022 before a court in Buenos Aires, a cougar was declared «subject of rights» (Court of First Instance in Criminal, Juvenile, Felony and Misdemeanor Matters No. 3, Ledesma, Diego Alberto Chamber 1 – Animal Protection Act. Abuse or Acts of Cruelty, Number: IPP 149744/2022-0.
[112] *EC – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, 22 May 2014, para 5.202.
[113] See Articles 71 to 74 of Ecuador Constitution recognizing the rights of «Pachamama», Bolivia Framework Law on Mother Earth and Integral Development to Live Well of 15 October 2012, Panamanian Law No. 285, Argentina Ley 14.346.

support the idea of animal rights[114] and long are the days where the concept of granting rights to nature was subject to ridicule.
Under such perspectives, one could think that animals which the aforementioned jurisdictions consider as legal persons would be considered as natural persons under Rule 85 (1) and be considered as direct victims or at least indirect victims of harm under Rule 85(a). As pointed out by Peters, the fact that a «person» is incapable to bear any legal responsibilities and societal duties should not prevent that «person» to be granted rights and to have standing in court through representation citing the example of infants and mentally handicapped humans[115] and one may add purely legal constructs such as corporate entities. Yet, there is a consensus that animals cannot qualify as victims before the ICC and in most domestic jurisdictions even in those which have incorporated the crime of ecocide in their criminal legislative arsenal[116]. As pointed by M. Lostal, the ICC has adopted the theory of human exceptionalism[117]. Rule 89(1) and its interpretation by the Trial Chamber in the Lubanga case further confirms this theory «whilst the ordinary meaning of Rule 85 does not per se limit the notion of victims of the crimes charged, the effect of Article 68(3) of the Statute is that participation of victims in trial proceedings, pursuant to the procedure set out in Rule 89(1) of the Rules, is limited to those victims who are linked to the charge»[118]. At best animals victims of ecocide could be used to compensate their guardians or other human beings connected to them in some ways (park wardens, conservationists) as indirect victims[119].
Because criminal regimes, be it at the international or domestic level only have human interests at heart, none of the reparations would make much sense as shown by Article 75(2) of the Rome Statute where victims may be awarded reparations in the form of restitution, compensation and rehabilitation. From an ecocentric or zoocentric[120] standpoint, restoration would be the only relevant form of reparations as advocated by Polly Higgins[121]. The idea of restoration has also been vouched by Rachel Killean where she considered

[114] A. Peters, *Animals in International Law, The Pocket Books of the Hague Academy of International Law,* Leiden, Brill Nijhoff, 2021; W. Scholtz (ed)., *Animal Welfare and International Environmental Law, From Conservation to Compassion,* Cheltenham & Northampton, Edward Elgar, 2019, S. Brels, *Le Droit du bien-être animal dans le monde*, *Évolution et universalité*, Paris, l'Harmattan, 2017.
[115] A. Peters, *Liberté, Égalité, Animalité: Human-Animal Comparisons in Law*, Symposium Article in *Transnational Environmental Law*, p. 1, Cambridge University Press, 2016, pp. 21-22.
[116] M. Lostal, *De-objectifying Animals, Could they Qualify as Victims before the International Criminal Court?*, in *JICJ*, 2021, pp. 583-610 pp. 583-584. G.M. Frisso, *Ecocide, The Environment As A Victim At The International Criminal Court*, in *International Crimes Database*, 2023.
[117] M. Lostal, *op. cit*., p. 592.
[118] Appeals Chamber, *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber's I's Decision on Victims', Participation of 18 January 2008, 11 July 2008, ICC-01/04-01/06-1432, para. 58 (p. 18).
[119] G.M. Frisso, *op. cit*., p. 17.
[120] Some authors distinguish between ecocentric and zoocentric approaches, the latter being more specific to non-human interests. (See J.E. Schaffner, *Value Wild Animals and Law*, in W. Scholtz (ed.), op. cit., pp. 8-37, p. 13.
[121] P. Higgins, *Eradicating Ecocide*, London, Shepheard Walwyn, 2015, pp. 143-148.

restoration as a form of restitution or if not feasible payment of the costs and expenses incurred in restoring the environment[122]. She went even further by emphasizing the collective experience of ecocide which may require a collective response which may involve various forms of rehabilitation measures such as regenerative and protective projects focused on restoring ecosystems[123]. Particularly noteworthy in Killean's approach is that reparation should be based on 3 ecocentric principles: recognition of the interconnected nature of human and other than human harm and repair, the expansion of the Court's no harm principle to encompass "eco-sensitive" approaches to reparation, and an expansive and ecocentric understanding of the principles of dignity, non-discrimination and non-stigmatisation[124]. The first principle is of particular relevance to the issue of ecocide in the form of eradication of species as it is a form of acknowledgment of the sentient status of non-human animals, opens the path to victimhood alongside humans as the well-being of the latter cannot be accomplished without consideration to wellbeing of nonhumans who are part of the natural world[125]. The second principle delineated would complement the first as it enables the ICC to adopt what Killean coined as an eco-sensitive approach[126].
The merit of this approach is that it could be applied to both future ecocides which Killean focused upon but also ecocides of the past the effect of which continue today. An argument will be made that it may be more relevant to move away from the ICC regime and criminal law both at the international and domestic level as a whole as there are too many legal hurdles to appropriately tackle the issue of ecocides in the form of extinctions of species and more specifically past extinction of species. Several countries[127] have introduced the crime of ecocide in their penal arsenal and yet there is no record of a single case worldwide[128]. Restorative justice may prove to be a better option as it would encompass Killean's ideas of collective harm and reparation but without the punishing element which may explain why ecocide will never be adopted as a 5th crime under the ICC regime. Restorative justice may be a step towards a more constructive approach to mend the effect of ecocides of the past in the form of extinction of species and offer a legal ground for rewilding.

4. The quest for another legal ground for restoration of extinct species

4.1. Environmental Restorative Justice (ERJ) as a new legal ground to remedy ecocides of the past through rewilding efforts.

Although rewilding and restoration may involve similar actions and may overlap, there is a

[122] R. Killean, *Reparation in the Aftermath of Ecocide*, in *An International Crime of Ecocide: New Perspectives* Symposium 2023, p. 9.
[123] R. Killean, *op. cit.*
[124] Ibid.
[125] Ibid., p. 6.
[126] Ibid., p. 7.
[127] Russia (1996), Kazakhstan (1997), Kyrgyz Republic (1997), Tajikistan (1998), Belarus, (1999) Georgia (1999), Armenia (2003), Ukraine, Belgium (2024), Brazil (2023), France,
[128] R. Killean, D. Short, *op. cit.*, p. 18.

distinction between the two terms. According to du Toit and Pettorelli[129], restoring implies returning something to its former condition or state. In contrast, rewilding means returning wildness, which is untamed, imperfect, unruly and always changing in ways that are not entirely predictable. The term restoration will be used here because restorative justice seeks to restore parties to the positions they were in before crimes were committed[130]. That would translate in our case into restoring populations of extinct British predators through rewilding efforts. At the bottom of it lies the idea that there is a moral duty owed to the exterminated wolves, bears and lynxes. Justice for the members of the species which have been eradicated. ERJ is the direct application in environmental matters of restorative justice defined by the Crown Prosecution Service as a process through which parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future[131]. According to the CPS, the aims of RJ are:
- Victim satisfaction: to reduce the fear of the victim and ensure they feel "paid back" for the harm that has been done to them.
- Engagement with the perpetrator: to ensure that they are aware of the consequences of their actions, have the opportunity to make reparation, and agree a plan for their restoration in the community.
- Creation of community capital: To increase public confidence in the criminal justice system and other agencies with a responsibility for delivering a response to anti-social behaviour.

Environmental Restorative Justice has been designed to address the failure of justice systems[132] which is also at the root of the Earth Jurisprudence movement. Coined by Thomas Berry, the philosophy behind Earth Jurisprudence revolves around the interconnectedness and wholeness between all components of nature, including mankind[133][134]. More concretely, it implies that all Earth creatures form a community which are subjected to the same laws which impose a duty of care to one another, especially humans as a result of their creativity and destructive power[135]. Central to this new paradigm is that: «Every component of the Earth Community has three rights: the right to be, the right to habitat, and the right to fulfil its role in the ever-renewing processes of the Earth Community»[136]. These three principles could offer a solid legal ground to restore species such as Scotland's lost guild of predators in order for them to fulfil their role in the British

[129] J.T. Du Toit, N. Pettorelli, *The differences between rewilding and restoring an ecologically degraded landscape*, in *J apple Ecol.*, vol 56, 2019, p. 2468.
[130] S. Porfido, *The use of restorative justice for environmental crimes in the European Union's legal framework* in *Queen Mary Law Journal*, 1, 2021, p. 106.
[131] Restorative Justice.
[132] M. Forsyth et al., *Environmental Restorative Justice: An Introduction and an Invitation*, in B. Pali, M. Forsyth, F. Tepper (eds.), *The Palgrave Handbook of Environmental Restorative Justice*, Cham, Palgrave Macmillan, 2022, p. 3.
[133] Ibid., See also C. Cullinan, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, ebook, Totnes, Devon, Green Books, p. 100.
[134] R. White, *Environmental harm, an eco-justice perspective*, Bristol, Bristol University Press, 2013, p. 148.
[135] Ibid.
[136] C. Cullinan, *Wild Law*, *cit.*

ecosystems.

Restorative Justice is indeed at the heart of Earth Jurisprudence and Wild Law[137]. Within this perspective, restorative justice is defined as «a system of remedies based on restorative, rather than retributive justice (...) were it is possible for the offender or wrongdoer to make appropriate amends and rejoin the community as quickly and efficiently as possible in the interests of the well-being of the whole»[138]. In a way, ERJ veers away from punitive ecology[139] perspective encapsulated by the criminal law concept of ecocide for a more constructive approach which may be better embraced not only by states but also the public at large. This may be especially necessary in the case of perpetrators who resort to bush meat and poaching to make ends meet[140]. Forsyth et al. demonstrate that ERJ provides for a more flexible approach to harm enabling it to extend to situations currently not covered by other justice frameworks. The ambiguity and struggles around the definition of ecocide to make it fit the ICC template resulted in a definition so unclear that it would hamper any effort to prosecute. The flexibility offered by ERJ transcends the strict categories of international criminal law. Concepts of victimhood, harm, remedies can be given a much broader scope. It provides for other fora of justice that the current UK law or international law do not allow because they do not recognize Nature and non-human animals as subject of laws. At the root of ERJ is the recognition of the intrinsic value of nature denied by traditional justice systems[141] through the attribution of rights[142]. Forsyth et al. provide the example that a restorative process, a restoratively-focused plan of action or a restorative contract which contains suggestions to prevent or repair harms and damages can be collaboratively drawn up and agreed to, and because it is inclusive and participatory, such a contract and plan of action has more potential to be sustainable and transformative[143]. Forsyth et al. further describes the process as one based «relationality, both as a matter of inter-existence and as aspiration and on the need to respect and listen to different perspectives and on an understanding of the need to value and support connections between humans, between humans and more-than-humans and between humans and Nature. ERJ calls simultaneously to the past and the future»[144]. Whereas criminal law due to the principle of legality turns mostly to the future. ERJ is further described a both healing and reparative because it can be both preventative and proactive[145]. As such it seems better suited to deal with ecocides of the past than any other area of the law.

[137] Ibid., p. 108.
[138] Ibid., p. 108.
[139] S. Porfido, op. cit., p. 106.
[140] R. White, D. Heckenberg, *Green criminology: An introduction to the study of environmental harm*, London, Routledge, 2014.
[141] J. E Schaffner, *Value, wild animals and law*, in W. Scholtz (ed.), *op. cit.*, pp. 8-37, at p. 8.
[142] H. Wessels, *Nature's Rights & Development Remedies: Enabling Substantive and Restorative Relief in Civil Litigation* in B. Pali, M. Forsyth, F. Tepper (eds.), *The Palgrave Handbook of Environmental Restorative Justice*, Cham, Palgrave Macmillan, 2022, pp. 101-125, pp. 106-107.
[143] H. Wessels, *op. cit.*, pp. 11.
[144] Ibid., pp. 3-4.
[145] Ibid., p. 4.

Another advantage of environmental restorative justice is that similarly to transitional justice processes, it operates a reconciliation between perpetrators and victims, enabling some form of relief without relieving guilt and accountability but without the punishing elements. In a way, environmental restorative justice seeks to heal rather than punish. ERJ operates a reconciliation between mankind and nature. Wessels and Widjekop talk about ERJ as «a vehicle for reintegration of the wrongdoer into the community within which the wrongdoer caused harm»[146]. H. Wessels contend that the development of the ecocentric approach promoted by Earth Jurisprudence in litigation in Ecuador and Colombia has the potential to influence and strengthen relationships between humans and Nature, and promote restorative justice and ecological restoration[147]. Because the essence of restorative justice is to repair harm and those who have been harmed, non-human can be encompassed as victims and there is no principle of legality which can prevent looking into past ecocides[148]. This is the greatest advantage between ERJ and Earth Jurisprudence is the equal consideration given to both humans, non-humans other natural entities[149]. Indeed, as indicated by Cullinan, the more ecocentric approach offered by ERJ does not mean that animal rights will be given precedence over human interests as all rights are given equal weight and status[150].
It is this same flexibility which will enable non-human animals to be considered as victims[151]. Although, a dialogue -a central element to restorative justice processes[152] cannot be initiated directly with non-human animals as such. Perpetrators from corporations to individual wrongdoers will have the opportunity to get a perspective on the harm that they have done and engage in a reflective process. A dialogue can also be initiated with humans who are directly or indirectly impacted by ecocide either because of the resulting environmental harm or due to their involvement in the protection of non-human animals or both[153]. When it comes to ecocides of the past, perpetrators are long gone, but dialogue can also be initiated with those who oppose restoration of species. Varona talks about animals as agents or recipients of that justice[154]. R. White takes the example of the reintroduction of wolves in Yellowstone in National Park which was considered as a duty to the wolf as a species in opposition to ranchers[155]. As hinted by R. White, there is a moral duty which can serve as a legal ground to restore apex predators in the UK. Because mankind

[146] H. Wessels, F. Widjekop, *Restorative and Earth Jurisprudence* in B. Pali, M. Forsyth, F. Tepper (eds.), *The Palgrave Handbook of Environmental Restorative Justice*, Cham, Palgrave Macmillan, 2022, pp. 75-99, p. 75.
[147] H. Wessels, *op. cit.*, p. 103.
[148] H.Wessels, *op. cit.*, pp. 6 and 10-11.
[149] H. Wessels, F. Widjekop, *op. cit.*, p. 75.
[150] C. Cullinan, *op. cit.*
[151] R. White, *Green victimology and non-human victims*, in *International Review of Victimology*, vol. 24, 2, 2018, p. 240.
[152] G. Varona, *op. cit.*, pp. 305-306.
[153] Ibid., p. 315.
[154] Ibid. *op. cit.*
[155] R. White, *Green victimology*, *op. cit.*, p. 240.

is responsible for the theriocide of wolves, bears and lynxes, it could be argued the UK has a moral and legal duty towards the species to restore them to the British wilderness. The flexibility of ERJ is reflected in its procedural and governance mechanism based on mediation, restorative justice conferences where the offense is acknowledged, an apology offered and some form of restitution or compensation to the victim of the group to heal the relationship[156]. Example of use of ERJ includes the New South Wales Land and Environment Court which is empowered to give due considerations to animals and plants and is considered by some by engaging in restorative justice[157] even though its mandate does not specifically make reference to it. Wessels and Widjekop provide several examples where ERJ has effectively been used and where trees and rivers have been considered as victims in four New Zealand restorative justice conferences[158] and one Canadian restorative justice conference[159]. In the New Zealand cases, the trees were cut down without the required resource consent. They were considered as victims with the local council acting as their representative. In another case, a river was represented as sediment laden storm water was illegally discharged from a quarry affecting the quality of the water of a river of cultural significance. The perpetrator had to make a donation to the Lower Waikato River Society instead of paying a fine. We can see here how this approach could be more constructive than punishment[160]. In a case where a perpetrator who discharged some contaminants in a river agreed at the restorative justice conference to put $80 000 in a trust and apologized for the offence[161]. The most significant case is that of *CopCan Contracting Ltd. and the District of Sparwood (2010)*[162], where 29 fish died as a result of dewatering in 2009. Members of the community represented the interests of the river. Restitution was agreed by the perpetrators through habitat compensation plan, riparian improvements to increase the juvenile fish-rearing habitat and a letter of apology[163]. Restorative justice processes in New Zealand are integrated within the criminal justice system through the Sentencing Act 2002. Section 24A (2)(a) especially provides for restorative justice processes in certain cases where the Court will have to adjourn criminal proceedings to determine whether a restorative justice process is appropriate in the circumstances of the case. Section 24A applies if the offender has pleaded guilty to the offence and there are 1 or more victims and no restorative justice process has previously occurred in relation to the

[156] I. Mason, in C. Cullinan, *Exploring Wild Law*, Ed. P. Burdon, 2011, Kindle edition.
[157] R. Walters, D.S. Westerhuis, *Green crime and the role of environmental courts*, in *Crime Law and Social Change*, 59, pp. 279-290.
[158] *Auckland City Council v 12 Carlton Gore Road Ltd and Mary-Anne Catherine McKay Lowe*, Auckland District Court (MCElrea DCJ), 11 April 2005 (see Hamilton 2015, p. 552).
[159] H. Wessels, F. Widjekop, *op. cit.*, p. 85.
[160] Ibid. See *Waikato Regional Council v Huntly Quarries Ltd and Ian Harrold Wedding*, Auckland District Court (McElrea DCJ), 30 July 2003 and 28 October 2003 (see MCElrea, 2004, pp. 13-14).
[161] DC Auckland, CRN 20050040131612, 2 March 2006, Judge McElrea (see S. Porfido, *op. cit.*, pp. 116-118).
[162] British Columbia, Natural Resource Compliance and Enforcement Database (25 January 2022).
[163] H. Wessels, F. Widjekop, *op. cit.*, p. 86.

offending. Between 2001 and 2012, restorative conferences were used in 33 prosecutions according to report from the Ministry of the Environment[164]. We could imagine a similar scheme for wolves, bears and lynxes of Scotland where restitution in the form of rewilding would be an adequate remedy from the British Government as the successor to some of the perpetrators.

Despite all the flexibility that it can offer ERJ does not solve all problems in connection quantifying harm. As Schaffner pointed out, acknowledging that wild animals have intrinsic value also means their value is unquantifiable or priceless[165]. If non-human animals could be considered as victims, quantifying and measuring harm and the adequacy of restorative measures remains a guessing game[166] and anthropocentered[167]. Wessels argue that it is the very purpose of ERJ not to quantify harm to Nature as this would be a fall back to anthropocentrism which is contrary to the very spirit of ERJ[168]. Even when the interests of non-human animals are represented it is still done under a human perspective[169]. In a way, the will to stop mankind's destruction of Nature even in the name of its intrinsic value is not completely devoid of anthropocentric motives. At the bottom of it the fate of humanity as part of the Natural world is at stake[170].

ERJ is also still at its inception and not yet well embedded in domestic or international legal systems. Even countries like Australia which are often hailed in the literature as a pioneer in the field of ecocentric justice especially as a result of New South Wales Environmental Court remain grounded on «economic rationalisation»[171]. Assuming that a moral basis can be found through Earth Jurisprudence and Wild law, the question remains as to the institutional basis[172]. G. Varona proposes a Spanish perspective where she proposes to embed ERJ within the Spanish Criminal Framework through three phases[173]. The first phase would seek to identify participants (humans and animals through representative) and their needs and set the stage for the dialogue process, the second phase would consist in the dialogue stage with facilitators enabling perpetrators to reflect on their actions and establish a connection which would lead to restorative agreements. Under our case, this would be restoring the species in the wild. The third stage would encompass monitoring that the restorative agreement is implemented.

5. Conclusion.

Neither the current international law nor domestic law frameworks offer a satisfactory res-

[164] S. Porfido, *op. cit.*, p. 116.
[165] J. E Schaffner, *op. cit.*, p. 20.
[166] R. White, *op. cit.*, p. 249.
[167] J. E Schaffner, *op. cit.*, p. 20.
[168] H. Wessels, *op. cit.*, p. 120.
[169] B. Pali, I. Aertsen, *Inhabiting a vulnerable and wounded earth: Restoring response-ability,* in *The International Journal of Restorative Justice*, vol. 4, 1, 2021, pp. 3-16, p. 5.
[170] R. White, *Environmental harm, op. cit.*, p. 148.
[171] B. Sydes, *The challenges of putting Wild Law into practice*, in M. Maloney, P. Burdon (eds.), *Wild Law – In Practice*, Abingdon, Routledge, 2014 pp. 58-72, p. 58 and 65.
[172] R. White, *Environmental harm*, *op. cit.*
[173] G. Varona, *op. cit.*, pp. 318-322.

ponse to ecocides of the past. Although these regimes do not prevent restoration of species or rewilding to restore ecosystems and would even encourage them, they nonetheless allow for utilitarian considerations to prevail over environmental and zoocentric ones. It is a way ironic that utilitarian considerations should prevail over ecocentric ones as the latter are more likely to benefit a greater number of persons which is the very purpose of utilitarianism. If initiatives to criminalise ecocides are certainly commendable, well enshrined principles of criminal law will prevent to take into account past ecocides which continue to produce their effect today. This is especially the case of ecocides in the form of eradication of species such as the apex predators of the United Kingdom. Moreover, all ecocide legislative proposals fail to properly encapsulate the specificities of eradication of species/sentient beings as form of ecocide. It seems that environmental restorative justice could offer a glimmer of hope as more flexible and more likely to take into considerations the plight of non-human animals. Yet, the system remains in its infancy would need to be further developed and tested to really make an impact. There is also a big question mark as to whether such a system based on ecocentric would work in the United Kingdom, the cradle of utilitarianism. Whereas to UK laws are almost tailored to prevent reintroduction of extinct species, it is likely that the introduction of Environmental Restorative Justice would not be enough to restore these species to the wild unless one manages to reconcile the farming community with apex predators and show that the latter could actually benefit the former.

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839

I contributi editi dalla rivista sono soggetti alla **licenza Creative Commons BY-NC-ND**, che consente la distribuzione libera dell'opera per soli scopi non commerciali, purché si mantenga la citazione dell'autore e che vieta qualsiasi adattamento e modifica del lavoro senza l'autorizzazione dell'autore.

redazione@rivistacbi.it

Devolution club